



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXX ciclo

Tesi di Dottorato

# **Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche di una diversità moderna**

*Relatori*

*Prof. Massimo Miglietta*

*Prof.ssa Teresa Pasquino*

*Dottorando*

*Marco Morelli*

Anno accademico 2017-2018





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**Candidato: Marco Morelli**

# **Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche di una diversità moderna**

**Relatori: Prof. Massimo Miglietta e Prof.ssa Teresa Pasquino**

Anno Accademico 2017-2018



**Indirizzo specialistico in  
Storia del diritto romano e del pensiero giuridico europeo**

**XXX ciclo**

**Esame finale: 20/09/2019**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Fabio Botta, Università di Cagliari  
Prof. Giovanni Luchetti, Università di Bologna  
Prof. Andrea Nervi, Università di Sassari**



*A mamma e papà,  
con affetto e riconoscenza*





# Indice-Sommario

Abstract.....	VII
---------------	-----

Introduzione .....	IX
--------------------	----

## Sezione I

### *Diritto romano*

## Capitolo I

### *Errore e violenza*

1. Premessa: considerazioni sui vizi inficianti il processo di formazione della volontà .....	1
---	---

### Parte I: *L'errore*

1.1. Errore ostativo .....	5
1.2. Dissenso .....	13
2 Errore-vizio o errore motivo .....	16
2.1. <i>Error facti</i> ed <i>error iuris</i> . Il brocardo <i>ignorantia iuris nocet</i> .....	21

### Parte II: *La violenza*

1. Violenza fisica o assoluta ( <i>vis ablativa, absoluta, physica</i> o <i>corpori illata</i> )..	27
2. Violenza morale o relativa ( <i>vis compulsiva, psychica</i> o <i>animo illata</i> ) e <i>metus</i> . Fattispecie, profilo etimologico e storico-giuridico. La <i>formula Octaviana</i> ..	29

2.1 La formula <i>Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo</i> . Profili storico-giuridici.....	34
3. I rimedi pretori contro il <i>metus</i> indotto dalla <i>vis</i> negli atti di autonomia privata. α) <i>Actio quod metus causa</i> ; β) <i>Exceptio metus</i> ; γ) <i>In integrum restitutio propter metum</i> .....	38

## Capitolo II

### *Il concetto di dolo negoziale*

1. Premessa: le definizioni di <i>dolus</i> dei giuristi romani ed evoluzione storica del concetto.....	47
2. Le varie manifestazioni del dolo.....	53
2.1. <i>Dolus malus</i> e <i>dolus bonus</i> .....	53
2.2. <i>Dolus causam dans</i> e <i>dolus incidens</i> .....	60
2.3. Dolo commissivo e dolo omissivo. La reticenza. A) Caratteri generali. B) Il problema nel diritto romano .....	62

## Capitolo III

### *I rimedi pretori contro il dolo*

1. L' <i>actio de dolo</i> e le sue caratteristiche principali. In particolare: la sussidiarietà .....	73
1.1. L' <i>actio de dolo</i> : la posizione di Labeone .....	90
1.2. L' <i>actio de dolo</i> : ambito di applicazione .....	95
2. L' <i>exceptio doli</i> .....	96

## Capitolo IV

### *Il dolo e la violenza del terzo nel diritto romano*

1. Premessa .....	104
2. La nozione di 'terzo' nel diritto romano: precisazioni .....	105

3. Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche della diversità di disciplina .....	108
3.1. L' <i>intentio in personam scripta</i> presente nella formula dell' <i>actio de dolo</i> e il confronto con l' <i>intentio in rem scripta</i> dell' <i>actio quod metus causa</i> .....	110
3.2. La presenza dell' <i>infamia</i> come conseguenza della condanna derivante dall'esercizio dell' <i>actio de dolo</i> e assenza della medesima caratteristica nell'ambito dell' <i>actio quod metus causa</i> .....	118
4. Ulteriori considerazioni sulla diversa costruzione processuale dell' <i>actio de dolo</i> rispetto all' <i>actio quod metus causa</i> .....	125
5. Incidenza sul piano sostanziale della diversa costruzione processuale dell' <i>actio de dolo</i> rispetto all' <i>actio quod metus causa</i> .....	127
6. La formulazione <i>in rem scripta</i> dell' <i>exceptio doli</i> e la formulazione <i>in rem scripta</i> dell' <i>exceptio metus</i> . Precisazioni sull' <i>exceptio doli</i> concessa nei confronti di 'terzi' e breve esegesi delle fonti sul tema .....	129
7. Esegesi delle fonti specifiche in materia di dolo del terzo (casistica) .....	135
A) Un caso di mancata ' <i>magna et evidens calliditas</i> ' del terzo a confronto con un caso di dolo del terzo .....	135
B) Un caso celebre. La vendita viziata dal dolo dello schiavo .....	141
B.1) La fattispecie nel dettaglio. I dubbi e le soluzioni della dottrina con specifico riferimento alla menzione dell' <i>actio de dolo</i> e della nullità della compravendita. In particolare, l'interpretazione proposta da Maria Floriana Cursi .....	141
B.2) Segue: L'interpretazione di Maria Floriana Cursi: risoluzione del problema relativo alla compatibilità del principio di sussidiarietà dell' <i>actio de dolo</i> con quanto sostenuto da Giuliano nella fattispecie concreta .....	153
B.3) Segue: L'interpretazione di Maria Floriana Cursi: conclusioni e critica .....	154
B.4) L'interpretazione di Tommaso dalla Massara. Conclusioni e critica .....	156
B.5) Una ulteriore possibile soluzione .....	159
B.6) La posizione giuridica dello schiavo .....	166
C) Ipotesi di dolo negli atti negoziali unilaterali .....	168

## **Sezione II**

### *Dal diritto romano al diritto moderno*

## **Capitolo unico**

### *La riflessione della Pandettistica tedesca e il passaggio al diritto moderno*

1. Premessa. L'opera di Christian Friedrich (von) Glück..... 175
2. La teorica della libertà del volere e le sue conseguenze nel 'System des heutigen römischen Rechts' di Friedrich Carl von Savigny ..... 181
3. Le ripercussioni della dottrina del Savigny: il pensiero dei pandettisti ..... 183
4. L'esempio del § 123 del 'Bürgerliches Gesetzbuch' ..... 189

## **Sezione III**

### *Diritto vigente*

## **Capitolo I**

### *Il negozio giuridico e il ruolo della volontà: il consenso viziato, il ruolo della volontà e l'abuso dell'altrui stato di minorazione del volere*

1. Premessa: fatto giuridico e successione..... 199
2. La classificazione dei fatti giuridici.....201
3. Il negozio giuridico e le varie teorie sulla sua natura .....202
4. Le conseguenze del superamento della dicotomia volontà-dichiarazione: lo spostamento d'asse sviluppato da Luigi Corsaro.....206
- A) La nuova interpretazione degli artt. 1438, 1447, 1448, 428, comma 2, del Codice civile e la conseguente rilettura della teoria dei vizi della volontà ..207
- B) Segue: la tesi del Lucarelli sulla lesione d'interessi. Critica .....210

## **Capitolo II**

### *Il dolo negoziale*

1. Il dolo quale vizio del volere e i suoi elementi caratteristici .....213

1.1. L'elemento oggettivo del dolo-vizio .....	216
1.2. L'elemento soggettivo del dolo-vizio .....	220
1.3. Ulteriori elementi .....	221
2. Una figura particolare: il dolo 'colposo' .....	224
3. Il dolo del terzo nel Codice civile .....	226
3.1. La nozione di terzo in ambito negoziale .....	228
3.2. La nozione di terzo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1439, comma 2, c.c. ....	228
4. Il dolo negli atti negoziali unilaterali .....	231
4.1. L'accettazione dell'eredità .....	232
4.2. La rinuncia all'eredità .....	234
4.3. Il dolo nel testamento .....	234
4.4. La captazione testamentaria .....	236

### **Capitolo III**

#### *La violenza*

1. La violenza quale vizio del consenso nel Codice civile .....	241
2. La violenza del terzo .....	246

Conclusioni .....	249
Bibliografia .....	252
Indice delle fonti .....	282



# **Abstract**

Nell'ambito della presente ricerca si intende dare conto dell'evoluzione millenaria di cui è stata oggetto la disciplina della violenza e del dolo del terzo, a cavaliere del diritto romano e del diritto civile, con l'intramezzo costituito dal pensiero della dottrina pandettistica tedesca che funge da collante tra il diritto antico e il diritto moderno. Il lavoro si articola quindi in tre Sezioni: la prima dedicata al diritto romano; la seconda alla Pandettistica e al suo influsso sul Codice civile tedesco; la terza al diritto civile vigente.





# Introduzione

Se si facesse una ricognizione – anche breve – della letteratura in tema di vizi del volere, l'impressione che si avrebbe sin da subito è quella di una (quasi) totale mancanza di trattazioni di “ampio respiro” nell'ambito del dolo e della violenza rispettivamente perpetrati da un terzo. In particolare, se si esclude il capolavoro del Trabucchi sul dolo negoziale, pubblicato però nel lontano 1937 sotto la vigenza del Codice civile del 1865, e che, ad ogni modo, tocca soltanto in maniera trasversale il problema del raggirio del terzo, ciò che rimane, tralasciando le sterminate voci enciclopediche e i capitoli dei vari manuali e trattati, è la tesi di dottorato di Sebastian Martens – *Durch Dritte verursachte Willensmängel* –, pubblicata nel 2007 dalla prestigiosa casa editrice Mohr Siebeck di Tübingen.

L'opera del Martens è stata certamente di grande ausilio nell'elaborazione della presente tesi di dottorato, sebbene l'argomento sia stato da me scelto – di comune accordo con i miei supervisori, il Prof. Miglietta e la Prof.ssa Pasquino – prima di imbarcarmi nell'elaborato dello studioso tedesco. Invero, il tema dei vizi del volere – nello specifico del dolo negoziale – mi era caro sin dalla tesi di laurea, nella quale però non avevo sfiorato, se non per sommari cenni, il problema del 'terzo'. Cosa che invece ho fatto – o comunque tentato di fare – nelle pagine che seguono.

Come facilmente si noterà dalla lettura dell'elaborato, il 3 è un numero ricorrente. Pertanto, ritengo opportuno dare conto anche in questa Introduzione di tre differenti aspetti caratterizzanti la presente tesi dottorale.

Quanto alla natura, si tratta di una tesi sperimentale in 'Fondamenti romanistici del diritto europeo', che parte dal diritto romano e perviene al diritto civile vigente, passando per la riflessione dei pandettisti tedeschi, il cui pensiero funge da anello di congiunzione tra il diritto antico e il diritto moderno. In questo senso, per quanto il salto temporale tra l'antichità e la modernità giuridica possa sembrare ampio (o, forse per alcuni, anche troppo ampio), ciò, da un lato, era

pressoché inevitabile, considerata la complessità e vastità della tematica, la quale, almeno in questa sede, non poteva essere presa in considerazione nella sua interezza, ovvero anche nel diritto intermedio; dall'altro lato, l'aggancio alla Pandettistica tedesca e al Savigny quale precursore della stessa rimane comunque un sicuro appiglio intertemporale.

Quanto alla struttura, si è optato per una divisione in tre Sezioni, relative la prima (I) al diritto romano, la seconda (II) alla Pandettistica tedesca, la terza (III) al diritto vigente.

La Sezione I, suddivisa a sua volta in quattro capitoli, è la più corposa delle tre, e ciò è dovuto principalmente alla complessa e lunga esegesi di alcuni passi del Digesto di Giustiniano in materia di violenza e dolo del terzo su cui anche la più autorevole dottrina romanistica non ha trovato accordo (in particolare, D. 4, 3, 7 pr. – Ulp. 11 *ad ed.*).

La Sezione II, nella quale viene collocato un unico capitolo, riporta le opinioni del Glück e del Savigny sul tema, nonché le interpretazioni di alcuni tra i più autorevoli esponenti della Pandettistica tedesca, tra cui il Windscheid, il cui *Lehrbuch des Pandektenrechts* ha influenzato notevolmente la struttura del BGB tedesco.

La Sezione III, infine, è dedicata al diritto civile vigente e contiene tre capitoli, nei quali si dà conto delle varie interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di consenso viziato, di dolo e violenza rispettivamente del terzo. Quest'ultima Sezione, per quanto più ristretta rispetto alla Sezione I, non è di minor importanza, in quanto rappresenta il risultato del complesso percorso svolto nella tesi di dottorato. Sempre con riguardo a quest'ultima sezione, risulta poi opportuno fare presente che si è preferito seguire, relativamente ai vizi del volere, l'impostazione tradizionale, tralasciando le problematiche più spinose affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli ultimi tempi, dovute per lo più all'avvento dei c.d. 'nuovi vizi del consenso' e delle c.d. 'nullità di protezione', afferenti a particolari ambiti del diritto privato. La ragione precipua di una tale scelta risiede nell'intento di rispettare quanto più possibile la simmetria e la

coerenza del lavoro, fondato su una linea continua a cavaliere del diritto romano e del diritto civile.

Da ultimo, quanto alla prospettiva metodologica, occorre sottolineare che, con particolare riguardo alla Sezione I dedicata al diritto romano, si è cercato di sottoporre i testi delle fonti giuridiche antiche a un quanto più rigoroso e scrupoloso vaglio esegetico, utilizzando tutti gli strumenti a disposizione.



# **Sezione I**

*Diritto romano*



# Capitolo I

## *Errore e violenza*

SOMMARIO: 1. Premessa: considerazioni sui vizi inficianti il processo di formazione della volontà.

– Parte I: *L'errore*. 1.1. Errore ostativo. – 1.2. Dissenso. – 2. Errore-vizio o errore motivo. – 2.1. *Error facti* ed *error iuris*. Il brocardo *ignorantia iuris nocet*. – Parte II: *La violenza*. 1. Violenza fisica o assoluta (*vis ablativa, absoluta, physica* o *corpori illata*). – 2. Violenza morale o relativa (*vis compulsiva, psychica* o *animo illata*) e *metus*. Fattispecie, profilo etimologico e storico-giuridico. La *formula Octaviana*. – 2.1. La formula *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*. Profili storico-giuridici. – 3. I rimedi pretori contro il *metus* indotto dalla *vis* negli atti di autonomia privata. α) *Actio quod metus causa*; β) *Exceptio metus*; γ) *In integrum restitutio propter metum*.

### **1. Premessa: considerazioni sui vizi inficianti il processo di formazione della volontà<sup>1</sup>**

La volontà, quale elemento essenziale del negozio giuridico, può andare incontro a vizi nel suo processo di formazione. Sebbene l'elemento volitivo sia in questi casi sempre presente, esso non risulta essersi liberamente formato; è, infatti, sottoposto ad un “influsso perturbatore” che potrebbe condurre, almeno nel nostro moderno sistema di diritto privato, all'annullabilità del contratto<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda, però, la disciplina dei vizi dell'elemento soggettivo nell'esperienza giuridica romana, è necessario evidenziare che i *prudentes* romani non hanno mai sviluppato una “teoria generale”, una sistemazione uniforme e onnicomprensiva di queste che sono categorie giuridiche moderne, facenti parte

---

<sup>1</sup> Fondamentale, in tema di vizi della volontà, resta l'opera (ormai risalente, in quanto pubblicata sotto la vigenza del Codice civile del 1865) di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937 (rist. inalterata, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1978), in particolare pp. 9-112.

<sup>2</sup> I vizi del consenso, comportanti l'annullabilità del contratto, sono disciplinati nel nostro Codice civile agli artt. 1427-1440.

della trattazione sul negozio giuridico<sup>3</sup> (che è creazione giuridica, per eccellenza, moderna). Oltre a ciò, vi è da sottolineare anche che nel contesto romanistico la stessa espressione “vizio della volontà” deve utilizzarsi con prudenza, in quanto, almeno nei limiti della violenza e del dolo, si è di fronte a fattispecie – per così dire – “complesse”, considerate dal diritto romano quali illeciti, contro i quali era possibile esperire azioni che, originariamente, erano soltanto penali. Di più, per quanto concerne il concetto di dolo, si è ampiamente dimostrato in dottrina che esso, già nel periodo classico, non doveva essere limitato all’ambito negoziale, e che l’*actio de dolo*, dato un presupposto sostanziale così ampio, poteva quindi essere concessa non soltanto nei casi di frode all’atto della conclusione del negozio giuridico, ma anche nel campo extranegoziale (di cui, peraltro, ci si occuperà soltanto incidentalmente in questa sede).

Ora, a parte queste notazioni di carattere generale, si è deciso di prendere le mosse, in questo capitolo I della più ampia sezione dedicata al diritto romano, con la tematica dell’errore (Parte I), che, come noto, non può non avere a che fare con la disciplina del dolo; e proseguire, poi, con l’esposizione della disciplina della violenza (Parte II), a modo di preludio al capitolo II sul dolo e la violenza rispettivamente del terzo.

---

<sup>3</sup> Sul punto, peraltro, si veda l’opera sull’errore di U. ZILLETTI, *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 443 ss., in cui l’Autore spiega come, nel periodo di “rivoluzione” dovuto all’avvento della Grande Compilazione, sia presente “... una ispirazione ed elaborazione unitaria della materia dei vizi della volontà, unitarietà da cui intrinsecamente e naturalmente aveva rifuggito il diritto post-classico-pregiustiniano. In effetti, di violenza, dolo ed errore unitariamente come cause di invalidità del negozio non se ne può parlare se non al compimento di una completa rottura nei confronti delle concezioni negoziali classiche da un lato, e dall’altro lato in presenza di un superamento effettivo della concezione estrinseca dei vizi della volontà, propria del diritto volgarizzante. E si tratta di una rottura e di un superamento che postulano, quale elemento decisamente determinante del loro verificarsi, l’affermazione di una nuova concezione negoziale avente portata del tutto generale. Nelle fonti, la testimonianza di questa ispirazione unitaria del sistema dei vizi della volontà è palese e... specifica e diretta”. Secondo lo Zilletti, quindi, nel periodo della Grande Compilazione vi fu un sostanziale mutamento della visione dell’atto negoziale (evidenziandone perlopiù la sua “radice volontaristica”) da parte dei giuristi, così profondo da potersi concludere, appunto, che essi abbiano elaborato una “categoria” a sé stante dei vizi della volontà. L’Autore, inoltre, cerca di dimostrare la propria tesi (sull’errore, nello specifico) sulla base di D. 5, 1, 2 pr.; 50, 17, 116 pr.; 2; C.I. 3, 38, 3, rilevando che tali testi “... sono probanti nei limiti del risultato che essi prospettano: essi ci indicano una conclusione... ma non ci mostrano il procedimento costruttivo...”.







# Parte I

## *L'errore*

Sotto il profilo definitorio, si può considerare l'errore come la “falsa rappresentazione di un elemento concernente i presupposti o i modi di svolgimento o i motivi o lo scopo di un comportamento, attivo od omissivo, giuridicamente rilevante”<sup>4</sup>.

### 1.1. Errore ostativo

L'*errore ostativo* o *errore sulla dichiarazione*, denominato anche “errore di identificazione”<sup>5</sup> o “errore di manifestazione” o “errore improprio”<sup>6</sup> per distinguerlo dal c.d. *errore-vizio* o *errore motivo*, è “... una falsa rappresentazione per cui la parte, nel compiere un negozio giuridico, attribuisce alla propria dichiarazione o al proprio comportamento un significato diverso da quello che ha obbiettivamente. È un errore, pertanto, che fa mancare nell'autore dell'atto la coscienza del suo oggettivo significato, provocando una discrepanza fra questo e l'idea che egli se ne fa”<sup>7</sup>; allo stesso modo, mutuando le parole da un altro grande romanista, si può affermare che tale tipo di errore è suscettibile di escludere “... la volontà di compiere il negozio...” e “... importa che il negozio non sia voluto nella sua oggettiva configurazione. L'errore pone qui in conflitto l'individuo con la società: mentre per l'errante il suo atto ha un significato, per la società ne ha un

---

<sup>4</sup> U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 1, il quale considera, peraltro, anche la differenza tra *ignorantia* ed *error*, distinguendole, dal punto di vista psicologico, a modo di causa (*ignorantia*) ed effetto di essa (*error*), oppure – come si potrebbe ugualmente dire utilizzando dei termini cari ai giuristi – come condotta (ignorante, in questo senso) ed evento (che si esaurisce nell'errore).

<sup>5</sup> Così P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, Parte generale, Milano, Giuffrè, 1984<sup>2</sup>, p. 393; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2004<sup>6</sup>, p. 148.

<sup>6</sup> Tale terminologia viene utilizzata da A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001<sup>12</sup>, pp. 56-57.

<sup>7</sup> Definizione di E. BETTI, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, Cedam, 1935, p. 265; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Parte generale, Padova, Cedam, 1942<sup>2</sup>, pp. 148-149; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, rist. 1960<sup>2</sup>, pp. 424-425.

altro”<sup>8</sup> e rientra nei casi di divergenza inconsapevole tra volontà effettiva e volontà esternamente manifestata, attraverso un atto dichiarativo<sup>9</sup>.

Sebbene siano molte le cause suscettibili di dare luogo a questo tipo di errore, è da sottolineare il fatto che esso, per avere rilevanza giuridica, deve vertere su un elemento della fattispecie negoziale che sia ritenuto essenziale, quale è la causa, il contenuto o i soggetti nei confronti dei quali la dichiarazione viene espressa<sup>10</sup>. Altro

---

<sup>8</sup> Queste parole appartengono a P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 63 ss., ovvero l'Autore che più ha contribuito (almeno in Italia) allo studio della tematica dell'errore sviluppatasi nell'esperienza romanistica. L'opera è piena di spunti interessanti e non si può non rilevare il fatto che sia una trattazione di assoluto valore, tanto più avendo presente che il Voci era giovanissimo ai tempi della sua pubblicazione; il linguaggio, tuttavia, ne risente e l'opera sembra oramai invecchiata, anche se imprescindibile per una migliore comprensione dell'argomento, peraltro molto complesso. Di ciò ne è dimostrazione il fatto che lo stesso Voci, col passare degli anni, si distacca (sia pur leggermente) dalla giovanile concezione sviluppata nella monografia sopra citata, pur mantenendo intatto l'impianto di fondo. Tale distacco si manifesta espressamente in P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto (=EdD)*, 15, 1966, pp. 229-235, in cui l'Autore non parla più di errore ostativo (terminologia in realtà che egli mai utilizza, se non per evidenziare la differenza che vi è tra la sua impostazione e quella del Betti) come “errore causa di volontà” (di sapore arcaizzante), ma lo identifica quale “errore escludente la volontà”, diversificandolo dall’“errore motivante la volontà” (ossia l'errore-vizio) e dall’“errore qualificante la volontà”, ipotesi oltremodo peculiare che per il Nostro “... ha significato quando il diritto attribuisce effetti a un atto, solo se l'agente sia in una situazione di *nescientia*. L'ambito più noto, e più importante, di questo tipo di errore è quello della buona fede: quando la buona fede si fonda sopra un errore, è chiaro il valore qualificante di esso” (su tale ultimo tipo di errore si veda, più ampiamente, lo stesso P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 129 ss., nonché U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 164 ss.).

<sup>9</sup> Il Codice civile italiano disciplina l'errore ostativo come “errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione” all'art. 1433, includendone, come si nota già dalla rubrica, due diverse connotazioni: la prima è l'errore nella dichiarazione (ad esempio, il dichiarante o compratore intende acquistare 2250 utensili da una determinata casa produttrice; tuttavia, invece di dichiarare tale esatto numero nel contratto, ne ordina 22500, aggiungendo per errore uno zero alla cifra originaria) e la seconda è l'errore nella trasmissione (ad esempio, il dichiarante o compratore dà incarico alla propria segreteria di trasmettere alla casa produttrice di utensili l'ordine per 2250 pezzi, ma la segreteria invia un ordine per 22500). Anche in questo caso di errore la disciplina ricalca quella sull'errore motivato, in quanto il Codice civile richiama espressamente l'applicabilità delle disposizioni degli articoli che precedono il 1433; così facendo, in caso di errore ostativo, si ha annullabilità del contratto, ove l'errore sia essenziale e riconoscibile. Sul punto si vedano le puntuali trattazioni di F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2007, p. 320 ss., e di V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011<sup>2</sup>, p. 755 ss.

<sup>10</sup> Il requisito dell'essenzialità dell'errore sulla dichiarazione viene espresso in maniera più che adeguata da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000<sup>2</sup>, p. 649, il quale afferma che “anche l'errore ostativo è rilevante solo in quanto possa ritenersi essenziale, e cioè in quanto assuma un'importanza decisiva secondo un criterio oggettivo”; tuttavia, posando lo sguardo sull'attuale sistema privatistico, l'individuazione di tale requisito risulta più semplice da parte dei civilisti, poiché è presente l'art. 1429 c.c. (rubricato “errore essenziale”), a cui rimanda espressamente l'art. 1433, a differenza di quanto accade nel diritto privato romano, dove la tematica dell'errore risulta più articolata come dimostrano i vari cambiamenti di rotta della dottrina avuti col passare del tempo (sul punto si faccia riferimento alle acute osservazioni di M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, in *Rivista di diritto civile (=RDC)*, 19, 1927, pp. 313-382).

requisito fondamentale è quello della riconoscibilità dell'errore (da parte dell'altro contraente), a cui fa riferimento l'art. 1431 c.c., affermando: "L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo"<sup>11</sup>; tale principio viene considerato basilare nel diritto civile italiano, in quanto tutela il legittimo affidamento che la controparte fa sulla validità del negozio; ma, in ambito romanistico, dopo che la dottrina maggioritaria (sotto la vigenza del Codice civile del 1865) non lasciava spazio a dubbi sulla presenza di tale connotato inerente all'errore<sup>12</sup>, sembra che l'interpretazione della dottrina moderna sia in senso contrario e il requisito della riconoscibilità dell'errore non venga più preso ad oggetto (effettivamente viene addirittura escluso) dagli studiosi del diritto romano<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda A. TRABUCCHI, s.v. *Errore (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano (=NNDI)*, 6, 1960, pp. 665-672; P. BARCELLONA, s.v. *Errore (diritto privato)*, in *EdD*, 15, 1966, pp. 246-280; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. L'errore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Torino, Utet, 2002<sup>3</sup>, 10, tomo secondo, pp. 212-214; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 317-319.

<sup>12</sup> Si veda, ad esempio, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 149.

<sup>13</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 233. Allo stesso modo si dubita dell'effettiva presenza del requisito della scusabilità dell'errore nel diritto romano, definito quale "errore... non dovuto a sua [*rectius* dell'errante] colpa" da P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 234. Secondo V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*, Roma, Foro Italiano, pp. 256-258, la distinzione tra errore scusabile ed inescusabile è di "... capitalissima importanza...", spiegando così le differenze tra i due tipi di *error*: "I romani dicevano che si ha l' *error aescusabilis* o *tollerabilis*, quando esso sia ammissibile, per una causa giustificata alla stregua della diligenza, che si richiede comunemente dagli uomini; dicevano *inaescusabilis* l'*error*, quando l'ignoranza cade su cosa, che, regolarmente usando della conveniente diligenza, si sarebbe dovuta e potuta conoscere. Come si vede, il criterio della distinzione, cioè il maggiore o minore grado di diligenza, è lo stesso che quello della colpa: si potrebbe quindi dire che l'errore è scusabile, se non v'è colpa in chi errò; inescusabile, se la colpa c'è". La dottrina dello Scialoja risente, però, dell'impero del Codice civile abrogato del 1865, in cui la scusabilità dell'errore ne costituiva requisito fondamentale, oltre all'essenzialità. Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 751, il quale afferma che "la sostituzione dell'un requisito all'altro sposta l'accento dalla sfera del dichiarante in errore alla sfera del destinatario della dichiarazione: prima l'errore rilevava per la meritevolezza del dichiarante; oggi rileva per l'immeritevolezza del destinatario, il cui affidamento sulla dichiarazione è reso ingiustificato dalla riconoscibilità del vizio di questa". L'importanza del connotato della scusabilità dell'errore nel diritto romano trova dei riscontri anche in tempi recenti da parte di A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, Utet, rist. 2012, p. 187, p. 196.

La conseguenza, tendenzialmente di maggior frequenza, a cui conduce l'errore ostativo è la nullità del negozio giuridico<sup>14</sup> (già a partire dal diritto romano classico), in quanto viene meno l'accordo tra le parti (ad esempio, se un soggetto intende ordinare della merce in una data quantità ma, avendo luogo l'errore, ne chiede una quantità molto superiore nella propria dichiarazione, non si può non ammettere che si sia in presenza di una dichiarazione non voluta, la quale manifesta la non corrispondenza inconsapevole tra volontà effettiva e volontà esterna influenzata, appunto, dall'errore ostativo).

All'interno della categoria dell'errore ostativo si possono considerare diverse ipotesi, sviluppate dall'esperienza giuridica romana servendosi di una specifica terminologia: *error in negotio*, *in persona*, *in corpore*, *in substantia* nonché *error in nomine*, *in quantitate* e *in qualitate*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. D. 28, 5, 9 pr.; 7; 34, 5, 3; 33, 10, 7, 1. Su tale argomento si faccia riferimento a P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 393; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 148; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza, rist. 1987, p. 174. È conforme anche la trattazione di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 232, il quale ne parla molto precisamente, utilizzando anche in quest'ambito la fondamentale *distinctio* tra negozi c.d. *astratti* e negozi c.d. *causali*. Egli sostiene che "nei primi, infatti, quando sia accertato il significato oggettivo dei *verba*, gli effetti giuridici possono prodursi soltanto in base a tale significato"; mentre, nei secondi, l'errore sulla dichiarazione porta alla nullità del negozio, dato che ne fa mancare l'accordo. Utilizza, invece, una diversa terminologia, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 390, definendo il negozio (a forma libera) viziato da *error facti* – indifferente se sia errore ostativo oppure errore motivo – quale *inutile*, quindi inefficace.

Come si è già ricordato, nel diritto privato attuale, l'errore ostativo porta soltanto alla annullabilità del contratto, non alla nullità, soluzione quest'ultima in auge al tempo del Codice civile del 1865, su cui si sofferma V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 756, dicendo: "La regola aveva un fondamento logico: il contratto formato sulla base di un errore ostativo non corrisponde alla volontà del contraente, dunque è un contratto nel quale può dirsi mancante l'accordo delle parti. La ratio politica della nuova regola [dell'annullabilità] è chiara: una *più estesa protezione del destinatario della dichiarazione erronea*, come presupposto di una più forte tutela della sicurezza e del dinamismo dei traffici".

<sup>15</sup> Nelle fonti romane è presente il termine *error in corpore*: D. 18, 1, 9 pr.; 2; 28, 1, 21, 1; 30, 4 pr.; *error in persona*: D. 28, 5, 9 pr.; 35, 1, 17, 1; *error in substantia*: D. 18, 1, 9, 2; 11 pr.; 14 pr.; *error in nomine*: D. 5, 1, 80; 28, 1, 21, 1; 41, 2, 34 pr.; 30, 4 pr.; *error in qualitate*: D. 18, 1, 14 pr.; 19, 1, 21, 2; manca invece il nome *error in negotio* (ma è rinvenibile *error in ipsa emptio*: D. 18, 1, 9 pr.). Le distinzioni appena fatte, tuttavia, non sembrano per nulla pacifiche in dottrina, soprattutto per quanto riguarda la loro inclusione all'interno della categoria dell'errore sulla dichiarazione oppure dell'errore-vizio; in effetti, tale ambigua oscillazione si riscontra fortemente nell'opera di B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 165 ss., il quale afferma che la stragrande maggioranza dei tipi di errore prima menzionati siano da annoverare all'interno della classe dell'errore motivo, non in quella di errore ostativo. Sembra tuttavia maggiormente condivisibile l'altra impostazione che risale alla monografia di P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 100 ss., il quale, tra le altre cose, afferma (in maniera forse troppo perentoria) che le varie ipotesi di errore sono da ritenersi menzionabili solo in relazione all'"errore causa di volontà", ricollegandosi anche a E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 295, nt. 3.

α) *Error in negotio*<sup>16</sup>: si palesa quando è presente la volontà effettiva di concludere una determinata fattispecie negoziale, sebbene manchi la corrispondenza con la manifestazione esterna, dato che tale errore cade sull'identificazione stessa del tipo di negozio posto in essere dalle parti e ne comporta la nullità (ad esempio, un soggetto intende addivenire a una donazione, ma la dichiarazione da lui esternata consiste, a livello oggettivo, in un trasferimento di proprietà sulla base di una compravendita)<sup>17</sup>;

β) *Error in persona*<sup>18</sup>: si palesa quando comporta l'impedimento di identificare la controparte (nei negozi bilaterali) oppure il destinatario (nei negozi unilaterali e, specificamente, nelle disposizioni *mortis causa*). Il rimedio disposto dall'ordinamento è quello della nullità, nel caso in cui l'identificazione dell'altro soggetto sia ritenuta di importanza determinante ai fini della validità dell'atto negoziale e non sia diversamente, e con certezza, determinabile<sup>19</sup>;

---

Segue quest'ultima ottica anche A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 195 ss. Critico rispetto alle categorie di cui si è detto poco sopra è invece M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, cit., p. 315 ss.

<sup>16</sup> D. 12, 1, 18 pr.; C.I. 4, 22, 5; 8, 53, 10. In questo caso è considerato pacifico l'inserimento di tale tipologia di *error* all'interno della categoria dell'errore ostativo e non di quella facente capo all'errore motivato. Sul punto M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, cit., p. 317; E. BETTI, s.v. *Errore (diritto romano)*, in *NNDI*, 6, 1960, pp. 660-665; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 175; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 233.

<sup>17</sup> Illustra esaurientemente questo tipo di errore E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 270; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 150; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 430-431. Inoltre, l'Autore, nelle pagine appena richiamate, ammette la possibilità che, anche in ambito romanistico, vi possa essere un errore nella (o sulla) trasmissione da parte di un *nuntius* "infedele", il quale alteri il contenuto della dichiarazione oppure sostituisca il contraente vero e proprio con un altro fasullo (il Betti riscontra un tale esempio in D. 39, 5, 25). Tuttavia lo stesso eminente romanista sminuisce la portata stessa dell'*error in negotio*, asserendo che "... un errore ostativo limitato alla sola enunciazione della causa tipica del negozio... non si dà nella realtà delle cose: a meno d'immaginare il caso... di un lapsus dipendente da distrazione o da ignoranza, incorso nell'enunciare la causa. Un errore siffatto non assume importanza pratica se non in quanto determini dissenso circa la causa nel negozio bilaterale" (E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 270, nt. 4).

<sup>18</sup> D. 12, 1, 32; 28, 5, 9 pr.

<sup>19</sup> Conformi a tale visione P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 395; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, Jovene, rist. 2012, p. 101; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 175-176; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 195, i quali ritengono che l'*error in persona* sia giuridicamente rilevante solo ed esclusivamente se l'identità della controparte o della persona nei cui confronti è rivolta la dichiarazione venga ritenuta essenziale, come avviene nelle ipotesi di successione testamentaria, ossia quando il testatore indica come erede quella determinata persona e non un'altra, oppure nei contratti c.d. *intuitu personae*, dove il vincolo di fiducia tra i soggetti contraenti è molto forte (ad esempio, nel mandato, nella società di persone, ecc.). Si discosta da tale maggioritaria interpretazione M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 232, ritenendo che l'*error in persona* importi comunque la nullità del negozio, anche al di fuori di quella che è la peculiare tipologia dei negozi caratterizzati

γ) *Error in corpore*<sup>20</sup>: si presenta in riferimento all'identificazione della cosa che è oggetto dell'atto negoziale, in quanto la cosa è "... una nell'intenzione [*rectius* volontà effettiva], altra nella dichiarazione"<sup>21</sup>. Anche in questa ipotesi il regime di trattamento è quello della nullità (si ha *error in corpore*, ad esempio, nel caso in cui Mevio, avendo ereditato dal padre due ville ubicate in zone diverse dell'Urbe, la prima chiamata Vittoriana e la seconda Galileiana, intenda trasferire a Tizio la proprietà, tramite contratto di compravendita, della Vittoriana, credendola (per errore) situata nel luogo ove, in realtà, sorge la Galileiana; di conseguenza, vende a Tizio la Galileiana, ritenendola e denominandola Vittoriana. Tizio, dal canto suo, crede di acquistare la vera e propria villa Vittoriana, dando luogo così al dissenso tra le parti in ordine all'identificazione dell'oggetto stesso del negozio e comportando così la nullità della vendita);

δ) *Error in substantia*<sup>22</sup>: tale categoria di errore non ha beneficiato di interpretazione univoca da parte dei *prudentes* romani ed è fortemente discussa dai moderni romanisti, non solo per il rimedio giuridico da apporsi, in quanto si dibatte se questo tipo di errore abbia efficacia invalidatrice o meno della fattispecie negoziale; ma, oltre a ciò, sembra revocabile in dubbio persino la sua definizione, dato che si ritiene, da un lato, che sia un *error* vertente sulla "... qualità essenziale caratteristica della cosa...", intendendo per *substantia* non la "... composizione materiale (p. es. chimica) della cosa, ma (dal)la sua destinazione economico sociale: destinazione che, secondo le idee dominanti in una data società nella pratica del comune commercio, determina l'appartenenza della cosa all'una piuttosto che all'altra categoria mercantile"<sup>23</sup>; mentre, dall'altro lato, viene affermato che la "...

---

dall'*intuitus personae*. Infine, su tale tipo di errore si veda, con ampia disamina dei testi giustiniane, il contributo di M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, cit., pp. 326-332.

<sup>20</sup> Inst. 3, 19, 23; D. 18, 1, 9 pr.; 28, 5, 9, 1; 30, 4 pr.; 41, 2, 34 pr.; 45, 1, 83, 1; 137, 1.

<sup>21</sup> Così P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 394; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 149.

<sup>22</sup> D. 13, 7, 1, 2; 36 pr.; 18, 1, 9, 2; 10; 11; 41, 1; 45; 19, 1, 21, 2; 45, 1, 22.

<sup>23</sup> Tali espressioni appartengono a E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 300 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 159 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 444 ss. Quest'ultima, peraltro, non è un'opera di diritto romano, poiché riguarda il diritto civile italiano; resta in ogni caso indiscutibile il contributo del Betti alla dottrina dell'errore per la sua completezza, precisione e complessità (tanto da risultare, a tratti, di difficilissima lettura), nonché punto di partenza per lo studio della categoria generale del negozio giuridico e di tutte le sue sfaccettature. È dello stesso avviso del Betti, in riferimento al concetto di *error in substantia*, anche A. BURDESE,



*substantia* è la materia di cui una cosa è costituita: in un gioiello d'oro la *substantia* è data dall'oro; in un mobile di legno, dal legno [*scilicet*: tipo di legno]...", aggiungendo (in guisa imperativa) che "quella di *substantia* è dunque una nozione naturalistica, non economico-sociale; le fonti non possono essere intese altrimenti"<sup>24</sup>.

Lo sviluppo della tematica dell'*error in substantia* si basa su di un testo di Ulpiano (D. 18, 1, 9, 2), il quale richiama la questione della validità di una compravendita, nel caso in cui il venditore abbia alienato aceto al posto di vino, argento al posto di oro, ecc., cercando di motivare il suo *responsum* attraverso concetti ripresi dalla filosofia greca: l'*ousía* greca, infatti, viene identificata con la *substantia*, l'essenza fenomenica della cosa. Per il celeberrimo giurista romano appena citato, la compravendita è da considerarsi nulla nel caso in cui il liquido oggetto del negozio sia *embamma*, ossia aceto non di vino; mentre tale contratto si ritiene valido ove la sostanza sia in principio vino, trasformatosi poi accidentalmente in aceto, così da non guastare l'essenza (*ousía*) della cosa. Si scontra con tale interpretazione l'opinione più rigorosa data da Marcello (condivisa anche da Paolo e Marciano), il quale ritiene che, negli esempi fatti in precedenza, l'*error in substantia* non porti a invalidare il negozio, poiché *in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum*<sup>25</sup>.

Il regime di trattamento di tale tipo di *error* viene a essere (oltre ogni ragionevole dubbio) la nullità, soprattutto a partire dall'accoglimento di tale

---

*Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 196, secondo il quale esso concerne "... una qualità merceologica della cosa, tale da determinarne l'appartenenza a un certo genere commerciale...".

<sup>24</sup> Così P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 231; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 102. Sulla scia di questi illustri studiosi si colloca anche B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 168, ritenendo che *error in substantia* sia sinonimo di *error in materia*.

<sup>25</sup> Sul punto si veda P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., pp. 231-232; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 176-177; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 234-235. Da ultimo, con citazione della più rilevante letteratura precedente, M.J. SCHERMAIER, *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 2007, p. 185 ss.

soluzione da parte dei commissari di Giustiniano nello sviluppo della Grande Compilazione<sup>26</sup>.

ε) *Error in nomine*<sup>27</sup>: si può manifestare sia in riferimento a una persona (v. *supra, sub β*) sia a una cosa (v. *supra, sub γ*), ma non ha efficacia invalidatrice della fattispecie negoziale, poiché la cosa o la persona come elementi essenziali del negozio sono già adeguatamente identificati tramite altre modalità (ad esempio, Sempronio intende alienare una determinata statua, chiamata Augustea, avente specifiche caratteristiche, ma sbaglia nel denominarla). Tale tipo di *error*, quindi, è irrilevante giuridicamente, nel caso in cui siano presenti altri criteri esatti di individuazione.

Speculare all'*error in nomine* è la figura della *falsa demonstratio*<sup>28</sup>, ovvero una descrizione errata della cosa o persona, ma associata o unita a un corretto appellativo. Anche in questo caso il negozio giuridico rimane in piedi, pienamente valido ed efficace, come dimostra la massima *falsa demonstratio non nocet*.

ζ) *Error in quantitate*<sup>29</sup>: si presenta quando non vi è accordo tra la quantità (o la misura o le dimensioni) della cosa che il soggetto effettivamente vuole e quella espressa nella dichiarazione. Tendenzialmente, tale tipo di *error* viene ritenuto rilevante nel momento in cui emerga che l'oggetto sia, a livello quantitativo, inferiore a quanto annunciato nella dichiarazione; così, “la dichiarazione può salvarsi entro i limiti della quantità minore tra le due (che può dirsi sia più voluta che dichiarata), a meno che, nei negozi bilaterali, l'errore non sia causa di dissenso essenziale”<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Interessante è qui la spiegazione di P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 232, nt. 21, in cui vengono indicati quali sono le parti dei testi ulpiane che hanno subito, secondo l'Autore, dei “sovvertimenti” da parte dei compilatori del *Corpus*.

<sup>27</sup> Inst. 2, 20, 29; D. 5, 1, 80; 18, 1, 9, 1; 28, 1, 21, 1; 35, 1, 17, 1; 34; 40, 5, 54; 41, 2, 34 pr.; 45, 1, 32; C.I. 6, 23, 4.

<sup>28</sup> Tit. Ulp. 24, 19; Inst. 2, 20, 30; D. 28, 5, 49, 3; 30, 75, 1; 32, 35, 1, 2; 33, 4, 1, 8; 34, 2, 10; 35, 1, 17 pr. 2; 34; 40, 4; 72, 8; C.I. 6, 23, 4; 6, 37, 7, 1. Sul punto si veda, per quanto riguarda l'attuale diritto civile, il contributo di C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 649.

<sup>29</sup> D. 19, 2, 52; 28, 5, 9, 2-4; 30, 15 pr.; 31, 47; 32, 29, 1.

<sup>30</sup> Le parole riportate tra virgolette sono di P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 231. Allo stesso modo, anche se in maniera più concisa, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 393.

η) *Error in qualitate*<sup>31</sup>: si ricollega alla nozione di *substantia* (v. *supra*, sub δ), ma con il termine *qualitas* si fa allusione ai diversi modi di essere di una stessa *substantia*<sup>32</sup>, ossia alla qualità della cosa (ad esempio, la pesantezza del piombo, il pregio di un determinato tipo di cellulosa, e così via). Esso non importa mai la nullità dell'atto negoziale.

Per il Betti, infine, l'errore sulla dichiarazione può attenersi anche alle manifestazioni tacite di volontà, in quanto "... è possibile... che il comportamento sia esteriormente tenuto da chi versi nella ignoranza della situazione di fatto che dovrebbe inquadrarlo e conferirgli quel carattere. Si ha allora un errore ostativo che, spezzando nella coscienza dell'interessato ogni nesso logico fra il suo comportamento e la situazione concomitante, toglie al contegno ogni concludenza e quindi lo stesso valore giuridico di negozio"<sup>33</sup>.

## 1.2. Dissenso

Nell'ottica dell'errore ostativo è da considerarsi la tematica – presente nei soli negozi bilaterali – del c.d. *dissenso*, ovvero la anomalia consistente in un disaccordo intimo e inavvertito fra le due parti rispetto al senso in cui esse intendono il

---

<sup>31</sup> D. 18, 1, 45; 19, 1, 21, 1.

<sup>32</sup> P. VOGLI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 231. Peraltro, facendo riferimento ad altri Autori che vedono nella *substantia* un concetto di carattere economico-sociale (su cui v. *supra* in questo Cap., nt. 23) e non naturalistico, ne risente di conseguenza anche la *qualitas*, in quanto l'*error in qualitate* viene sì considerato giuridicamente irrilevante, ma "... concerne(-nte) una qualità della cosa che non sia tale da determinarne l'appartenenza a un dato genere commerciale..." (così A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 196).

<sup>33</sup> E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 150; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 431; ID., s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 661. Lo stesso Autore aggiunge che, in questi casi, è rinvenibile il significato della massima *non videntur qui errant consentire* (D. 2, 1, 15; 5, 1, 2 pr.; 39, 3, 20; 50, 17, 116, 2). Durante il periodo giustiniano, come precisa M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 236, sembra che vi sia una propensione a considerare di carattere universale massime come *errantis nulla voluntas*; tuttavia, secondo l'illustre romanista, ne devono verosimilmente essere ridimensionati i connotati, dato che dal *Codex* non sembra si possa ricavare un "... allargamento della rilevanza della fattispecie dell'errore". Sulla stessa linea è P. VOGLI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 232, nt. 24, secondo il quale tale "... massima non può essere ritenuta invenzione giustiniana; nè intesa, neppure in diritto giustiniano, come espressione di un principio generale di invalidità dell'errore". Per maggiori approfondimenti sulla massima *errantis nulla voluntas* si faccia riferimento allo studio esegetico di alcuni testi della Grande Compilazione compiuto da V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 283 ss.; oppure, da un punto di vista maggiormente storiografico, si veda l'opera di U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 360 ss.

contenuto del negozio<sup>34</sup>. L'ipotesi statisticamente più frequente è, appunto, quella del *dissensus* c.d. occulto o latente, detto altrimenti malinteso, dove gli atti esteriori facenti capo alle parti risultano tra loro congruenti, mentre contrastano i significati che ciascuna parte associa a tali segni<sup>35</sup>. Qui la conseguenza sembra essere la nullità dell'atto negoziale, in tanto in quanto non sembra rintracciabile, tanto meno in via interpretativa, l'esistenza di una possibile convergenza delle volontà<sup>36</sup> (ad esempio, Mevio intende concludere un contratto di compravendita con Tizio, avente ad

---

<sup>34</sup> La definizione è di E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., pp. 270-271; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 151; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 432. Sul carattere della bilateralità o plurilateralità dei casi di dissenso non si dibatte più oramai, in quanto è di per sé evidente che il venire in essere del dissenso sia peculiarità esclusiva dei negozi con due o più parti; in argomento risulta di rilievo notevole il contributo di F. CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, in *EdD*, 13, 1964, pp. 235-243, il quale (alla nota 1) statuisce che "... non... si può pretendere che il concetto espresso dal *dissensus* sia identico a quello di *error*... perché si erra allontanandosi da qualcosa (una linea ideale), si dissente divergendo in parere o in volontà da altro soggetto. Il dissenso, insomma, è sempre tra due [sc. o più] soggetti...". Per la dottrina civilistica recente si vedano le ottime trattazioni di F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 322-334; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 757-758; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di Giuseppe Trabucchi, Padova, Cedam, 2012<sup>45</sup>, p. 115.

<sup>35</sup> Le parole tra virgolette appartengono a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 757-758. Allo stesso modo, ma più ampiamente, F. MESSINEO, s.v. *Dissenso (diritto civile)*, in *EdD*, 13, 1964, pp. 244-279, il quale distingue, all'interno del dissenso occulto, tre casi di "equivoco sull'apparente esistenza del consenso", rispettivamente afferenti a) al soggetto proponente, b) a colui che accetta oppure c) a tutt'e due assieme. Impostazione quest'ultima che non è isolata; o meglio, non lo era, dato che P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 13 ss., aveva (nel 1937) la stessa opinione, contrapponendosi, per sua espressa ammissione, alla teoria bettiana, la quale ammetteva che "... nel dissenso... la controparte fraintende la dichiarazione a lei destinata, ossia la intende – la percepisce o l'interpreta – in un significato diverso da quello che ha in realtà (e per l'autore), e di conseguenza ne fa proprio il contenuto" (E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 271). Betti, quindi, considerava ipotesi di malinteso solo il caso sub b), citato poc'anzi.

<sup>36</sup> Con riferimento al negozio inficiato dal dissenso occulto, la via della nullità viene percorsa unanimemente da parte della dottrina tradizionale (così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 433 ss.; F. MESSINEO, s.v. *Dissenso (diritto civile)*, cit., p. 257 ss.); contra F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 323-324, il quale respinge totalmente la tesi tradizionale della nullità, optando per l'annullabilità del contratto per errore ostativo.

Anche la giurisprudenza non era d'accordo con l'interpretazione data dalla dottrina tradizionale. In particolare, la Suprema Corte di Cassazione, in una sentenza del 1993, optava per la soluzione della annullabilità del contratto derivante da malinteso. In quella sede le circostanze di fatto erano le seguenti: il negozio oggetto di controversia giudiziale era un contratto di locazione, inerente a un appartamento che poteva essere utilizzato sia con ingresso comune sia con entrata separata. Il locatore, dal canto suo, intendeva locarlo senza possibilità di fruizione dell'ingresso indipendente; mentre il conduttore nutriva la convinzione di aver concluso il contratto avente ad oggetto, nello specifico, anche l'entrata separata rispetto agli altri appartamenti. Dopo il palesarsi di tale latente disaccordo, le parti sopportano tutti i gradi del processo sulla base di tesi opposte (il conduttore chiede al giudice l'accertamento della nullità del contratto, in quanto è mancato l'accordo tra i due soggetti; il locatore, invece, ritiene che il contratto sia pienamente valido) e la soluzione data dalla Cassazione si fonda sul fatto che "l'accordo, quando raggiunto, esiste anche se minato da errore" (Cass., 22 marzo 1993, n. 3378, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1997).

oggetto una biga con cui il primo aveva partecipato a importanti manifestazioni pubbliche al Colosseo; tuttavia, il primo intende alienare la biga con intelaiature di metallo non prezioso, mentre il secondo intende acquistare la biga ricoperta d'oro e dà luogo all'accettazione).

Si distingue dal malinteso il *dissensus* c.d. palese, caratterizzato dal fatto che le volontà esterne o manifestate (attraverso dichiarazioni) non riescono a incontrarsi, ma i soggetti sono immediatamente consapevoli di ciò, dato che "... le dichiarazioni, in conformità dei corrispondenti voleri, suonano in tal senso negative"<sup>37</sup> (ad esempio, Caio offre in vendita a Sempronio il suo bel cavallo Nerone; Sempronio, dal canto suo, vuole accettare, ma anziché rispondere che accetta di acquistare il cavallo Nerone, invia a Caio l'accettazione nella quale, però, afferma di dare luogo all'acquisto dell'asino Nerone di Caio – che possiede, in effetti, un asino con quel nome – ). Le conseguenze di tale tipo di dissenso tra le parti del negozio possono essere di vario tipo: si può, attraverso le vie dell'interpretazione del negozio, pervenire a un comune accordo tra le parti, superando la precedente contraddittorietà delle dichiarazioni contrattuali<sup>38</sup>; ma, ovviamente, è possibile che l'accettante rifiuti la proposta (in maniera espressa o per *facta concludentia*) fattagli pervenire dal proponente, così da infirmare il tutto e proibire una valida conclusione dell'atto di autonomia privata. Le trattative tra le parti, infine, possono comunque rimanere in piedi e arrivare sino alla stipulazione del contratto, quando il proponente originario ritiene la dichiarazione dell'altra parte quale nuova proposta e si affretta nel dar luogo all'accettazione<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Così F. MESSINEO, s.v. *Dissenso (diritto civile)*, cit., p. 251. Si faccia riferimento anche a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 432.

<sup>38</sup> Tale espressione è di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 757-758.

<sup>39</sup> Secondo F. MESSINEO, s.v. *Dissenso (diritto civile)*, cit., p. 252 ss., è possibile un ulteriore caso di dissenso, ovvero quello fittizio (peraltro trascurato quasi totalmente dalla dottrina), che "si ha... quando – pur essendo la dichiarazione dell'oblato nel senso dell'accettazione della proposta – si dia il caso che il proponente (destinatario di quella dichiarazione) la intenda, come se contenesse un rifiuto della proposta. La causa ne può essere: o il tenore equivoco della dichiarazione stessa; o l'insufficiente attenzione, che il proponente mette nel prenderne cognizione; o il fatto che l'eventuale nuncio (o perché tradito dalla memoria, o perché ha capito male, ciò che la parte lo ha incaricato di comunicare), gliene riferisce (oralmente) in maniera inesatta, il contenuto; o il fatto che il telegrafo dà un'errata trasmissione di ciò che comunica (al proponente); o altra analoga circostanza".

Nell'esperienza romana il sostantivo *dissensus* non viene frequentemente usato e indica sovente l'accordo finalizzato a far venire meno un *consensus* negoziale anteriore perfezionatosi tra le parti (c.d. *mutuus dissensus*), ovvero un nuovo atto di autonomia privata, uguale e contrario a quello precedente<sup>40</sup>.

All'opposto, il verbo *dissentire* è preferibilmente utilizzato dai *prudentes* romani in riferimento alla non convergenza delle singole manifestazioni di volontà, alla discordanza delle intenzioni o volontà effettive, oltre al suo significato classico che si esaurisce nell'essere in disaccordo o in opposizione sul piano delle opinioni, dei sentimenti e dei giudizi; così facendo, risulta evidente come *dissentire* integri una nozione di notevole portata<sup>41</sup>.

Di conseguenza, la categoria del *dissensus*, in ambito romanistico, risulta possedere labili confini, non sempre facili da individuare e chiarire; date queste premesse, molti studiosi lo hanno sviluppato quale particolare esempio di errore e, infatti, è manifestazione di ciò lo stesso fatto che alcuni contributi prescindono addirittura da tale argomento o ben poco ne trattano, soffermandosi più pagine sull'errore ostativo quale categoria fondamentale<sup>42</sup>.

## 2. Errore-vizio o errore motivo

L'*errore-vizio* o *errore motivo* o, ancora, errore nella determinazione causale<sup>43</sup> è una falsa rappresentazione della realtà che va a compromettere il

---

<sup>40</sup> Sul punto F. CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, cit., p. 235; per l'ambito prettamente civilistico si veda F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 467 ss. Il Codice civile disciplina il *mutuus dissensus* all'art. 1372, comma 1, (rubricato "Efficacia del contratto"), affermando: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge".

<sup>41</sup> Fonti giuridiche romane riguardanti il *dissentire* sono, ad esempio, Gai 2, 195; 3, 141; Vat. Fragm. 260; D. 1, 7, 24; 2, 14, 7, 19; 4, 8, 17, 5; 6; 12, 1, 16; 21, 2, 12; 23, 1, 7, 1; 23, 1, 12, 1; 23, 1, 13; 23, 2, 45, 6; 29, 7, 14 pr.; 33, 10, 6, 2; 42, 1, 36. Si faccia inoltre riferimento a F. CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, cit., p. 235.

<sup>42</sup> Ad esempio, la trattazione del dissenso è davvero ridotta all'osso oppure manca del tutto in M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit.

<sup>43</sup> Tale ultimo appellativo viene utilizzato maggiormente da E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 291; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 437, in quanto per l'Autore è indispensabile compiere una *distinctio* tra "... volontà formale dell'atto e volontà causale, indirizzata cioè alla sua funzione (causa) tipica"; distinzione che, a mio parere, rispecchia tuttavia una concezione dell'elemento volitivo come dualistico, non correttamente attribuibile alla volontà come

processo di formazione della volontà teso alla conclusione dell'atto negoziale<sup>44</sup>. È chiamato anche errore motivo in quanto "... si considera l'errore come elemento che influisce, deviandola, sulla motivazione. L'errore intanto può viziare la volontà, in quanto esso influisce sui motivi della stessa. Dicendo però che l'errore-vizio è sempre errore sui motivi, non si vuole dire che ogni errore sui motivi sia un errore tale da viziare il volere e da causare l'annullamento del negozio. L'ossequio dovuto al criterio dell'affidamento impedisce di attribuire rilievo determinante ai motivi personali del soggetto che non abbiano riferimento ai concreti elementi del negozio"<sup>45</sup>. In effetti – e su questo punto è necessario intenderci – i motivi individuali o le ragioni soggettive che portano la parte o le parti a concludere un negozio giuridico, sono di regola irrilevanti per il diritto (sia esso l'odierno diritto civile oppure il diritto romano)<sup>46</sup>.

---

nozione in sé e per sé monistica e, conseguentemente, non scindibile; o meglio, utilizzando le parole di P. VOGLI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 14, secondo il quale: "V'è differenza tra la volontà finale come l'intende il Betti e come l'intendo io. Il Betti ne parla nell'ambito del negozio, mentre essa trascende il negozio e coincide col soddisfacimento di un interesse... la distinzione... ha solo un senso se si concepisca la volontà finale come lo sforzo teso alla conclusione del negozio e la volontà strumentale come lo sforzo teso alla dichiarazione: voglio il negozio e per esso voglio la dichiarazione che lo fa sorgere". Sul punto, cfr., P. BARCELLONA, s.v. *Errore (diritto privato)*, cit., p. 255 ss.

<sup>44</sup> L'espressione "falsa rappresentazione della realtà" viene usata oramai da molti romanisti e civilisti sui cui libri si posi l'occhio (tra di essi M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 231; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 645; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 308; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 123); utilizzano, invece, altre denominazioni (quali "ignoranza", "falsa conoscenza", "falso giudizio"), senza comportare diversità nel significato, studiosi come P. VOGLI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 232 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 144-145; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 197; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 730 ss.). È opportuno rilevare che tale "falsa rappresentazione della realtà" deve essere presente, in quanto l'errore su circostanze future (detto errore di previsione) non è un vero e proprio errore e non importa il regime dell'annullabilità; tuttavia, esso può rilevare ai fini della c.d. presupposizione. Su tale ultima figura si faccia riferimento a R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La presupposizione*, cit., pp. 219-222, oppure a F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 553 ss.

<sup>45</sup> Così A. TRABUCCHI, s.v. *Errore (diritto civile)*, cit., p. 666. Alla stessa maniera E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 292; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 438; P. BARCELLONA, s.v. *Errore (diritto privato)*, cit., p. 256.

<sup>46</sup> Per la dottrina romanistica si veda E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 155; P. VOGLI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 398; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 233.

Il Codice civile del 1942, dal canto suo, disciplina l'errore di diritto all'art. 1429, n. 4, affermando che l'errore è essenziale "quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto". Per una parte della dottrina civilistica qui si ha errore che verte sui motivi del contratto, se si tratta, appunto, di errore di diritto e viene quindi considerato essenziale perché inserito nell'art. 1429 (così F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 315-317). Non è conforme a questa visione l'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 655 ss., e ciò per il fatto che

Nell'esperienza giuridica romana l'errore-vizio ha avuto una considerazione diversa rispetto a quella che può vantare l'errore sulla dichiarazione; infatti, "il diverso oggetto e la diversa entità psicologica non possono non determinare anche un differente trattamento giuridico dell'errore. Che l'errore sulla dichiarazione, facendo mancare in modo riconoscibile la coscienza del contenuto del negozio, lo renda inidoneo a produrre gli effetti che gli sarebbero propri e impedisca alla controparte di fare assegnamento su di essi o produca la sua responsabilità, si comprende. Si può, invece, dubitare se debba riconoscersi rilevanza giuridica all'errore nella motivazione, dato che questa, a differenza della coscienza, non è parte integrante del negozio, ma appartiene per così dire alla sua preistoria psicologica"<sup>47</sup>.

Di conseguenza, è opportuno rilevare come una considerazione troppo estesa della gravità di una ipotesi come quella dell'errore-vizio sia rischiosa sotto due profili. Da un lato, si consentirebbe a chiunque si sia impegnato in un atto negoziale (cosa da non sottovalutare, per il solo fatto che l'immissione di ciascuno nei traffici giuridici è espressione più specifica di quella che è la generale categoria dell'autonomia privata, di per sé comportante una individuale responsabilità) di poter sfuggire agli effetti del negozio, magari svantaggiosi, solo invocando tale tipologia di errore; dall'altro, verrebbe a vanificarsi la serietà e la consapevole diligenza con cui ogni soggetto dovrebbe porsi rispetto a un altro, per buona pace

---

la dottrina citata in precedenza non spiega, secondo le parole dell'Autore, "... perché mai l'errore su finalità della parte estranee al contratto dovrebbe essere causa di annullamento o meno del contratto secondo che esso cada su aspetti giuridici o su aspetti materiali". Nemmeno V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 734 ss., sembra seguire la tesi del Galgano, in quanto non vi è traccia nella sua trattazione dell'appellativo errore motivo; il Roppo, infatti, si sofferma maggiormente sulla tematica dell'irrelevanza dei motivi, sostenendo che "... non è razionale, né giusto, che un contraente scarichi sull'altro il rischio delle proprie delusioni, in relazione a elementi che appartengono alla sfera soggettiva del contraente deluso (cui l'altro contraente è estraneo), e non anche alla sfera obiettiva del contratto (comune all'altro contraente)". Infine, sembra più coerente alla terminologia errore motivo, l'interpretazione del Trabucchi, sulla base del fatto che l'errore-vizio è sempre inerente a un motivo "impulsivo", "... ma esso è rilevante solamente quando si riferisca alla sostanza, alla persona, ecc., come specificato nell'art. 1429; invece è irrilevante l'errore che si riferisca a semplici motivi" (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 125).

<sup>47</sup> Così E. BETTI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 662. Sull'importanza che i romanisti hanno dato all'errore ostativo rispetto all'errore-vizio si veda F. CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, cit., p. 237, nt. 11.



delle relazioni intersoggettive<sup>48</sup>. Non a caso Cicerone ammoniva: *In omnibus negotiis priusquam adgrediare, adhibenda est praeparatio diligens*<sup>49</sup>.

Come per l'errore sulla dichiarazione anche l'errore-vizio, per essere considerato giuridicamente rilevante, deve vertere su elementi essenziali dell'atto negoziale e non sembra possa ritenersi che i giuristi romani si siano posti questioni inerenti alla sua scusabilità oppure alla sua riconoscibilità<sup>50</sup>.

Tale tipo di errore, in ambito romanistico, porta con sé problemi non indifferenti, dato che anche la dottrina romanistica più eminente non è univoca nel considerare le sue particolari manifestazioni<sup>51</sup>. Da questo punto di vista, non pare possibile considerare l'*error in negotio* (su cui v. *supra*, *sub* α) quale errore-vizio, poiché quest'ultimo potrebbe "... 1) essere circoscritto soltanto alla denominazione del negozio... e allora esso si risolve in un errore nella indicazione ininfluyente secondo i criteri di trattamento dell'*error in nomine*. Oppure potrebbe 2) cadere soltanto sulle conseguenze giuridiche del negozio... e allora esso è irrilevante, perché la competenza a statuire gli effetti giuridici spetta all'ordine giuridico esclusivamente... O, infine, 3) l'errore tocca addirittura la funzione tipica del negozio: e allora non l'errore ma la incompatibilità psicologica fra la determinazione causale e la causa del negozio prescelto potrà avere influenza, in quanto escluda che l'intento delle parti possa rivolgersi seriamente a quel tipo di negozio..."<sup>52</sup>.

Con riferimento, invece, all'*error in substantia* (v. *supra*, *sub* δ), la maggior parte degli studiosi lo annovera tra i casi di errore sulla dichiarazione, ma non è da escludere che esso possa anche ritenersi quale errore-vizio<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 167.

<sup>49</sup> Cic., *De off.* 1, 21, 73.

<sup>50</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 235.

<sup>51</sup> Si veda sul punto E. BETTI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 662. L'illustre Autore, infatti, afferma: "Non è lecito spingere il parallelismo fra errore nella dichiarazione ed errore nella motivazione sino al punto di costruire altrettante figure simili di errore ostativo e di errore-vizio (*in negotio, in corpore, in substantia, in persona, in qualitate, in quantitate*, ecc.): con che si giunge solo a confondere le idee".

<sup>52</sup> ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 157, nt. 5 II). Alla stessa maniera anche M. LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, cit., p. 317.

<sup>53</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 234. Egli spiega, in riferimento a D. 18, 1, 41, 1, che Giuliano è il primo giurista a identificare come rilevante l'errore-vizio, nell'ambito di un negozio di compravendita avente ad oggetto un piatto argentato che l'acquirente

Un caso particolare di errore-vizio o motivo è quello dell'*error in dominio* nella *traditio*. Esso si palesa nel caso in cui un soggetto, ritenendo per errore di essere il legittimo proprietario o *dominus* di un oggetto, trasferisca la cosa ad altri; oppure, quando un rappresentante, credendo a torto che la cosa non sia di sua proprietà ma della persona per conto della quale compie l'atto, ne fa *traditio* a un altro soggetto. La conseguenza di tale *error* è la nullità della *traditio*, in quanto è assente la volontà effettiva di trasferire la *res*<sup>54</sup>.

In linea generale, come si è già accennato, l'errore-vizio o motivo non possiede efficacia invalidante del negozio nel diritto romano. Tuttavia, tale principio subisce attenuazioni, anche di importante rilevanza, nell'ambito delle disposizioni *mortis causa* (ad esempio, Sempronio nomina nel suo testamento erede Caio, suo nipote, invece di suo figlio Mevio, credendo quest'ultimo morto poiché sono state divulgate notizie false sulla sua morte)<sup>55</sup>. Gli interventi su questa linea sono perlopiù di origine pretoria (attraverso l'*exceptio doli*) oppure imperiale, a partire dall'inizio del III secolo d.C.<sup>56</sup>.

---

riteneva di argento massiccio. Ritengono, al contrario, che l'*error in substantia* sia sempre un caso di errore ostativo, P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 395; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 149-150; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 196.

<sup>54</sup> D. 12, 4, 3, 8; 17, 1, 49; 18, 1, 15, 2; 41, 1, 35. Nel primo dei due casi sopra riportati, però, non è coinvolta la volontà di operare il trasferimento, bensì la titolarità del bene. A ben vedere, quindi, non si può, in questo caso, parlare di vero e proprio *error in dominio*, come accade, invece, nel secondo caso. Non tutti i romanisti, però, attestano in maniera equivalente la valenza dell'*error in dominio* quale errore motivo; in effetti, ad esempio, P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 232, lo annovera tra i casi di "errore escludente la volontà", ossia errore ostativo. Non così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 169 e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 437. Più ampie trattazioni sull'*error in dominio* si riscontrano nelle opere di P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 83 ss. e di U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 108 ss.

<sup>55</sup> Ottima l'osservazione del Betti in questo senso: "L'irrilevanza dell'errore nella motivazione ha una giustificazione sociale meno evidente in quei negozi coi quali la parte che versa in errore destina ad altri un profitto patrimoniale senza corrispettivo: nei negozi, cioè, a titolo gratuito. Qui lo spirito di liberalità, che è la causa del negozio, non rende piena ragione di se stesso, dal punto di vista psicologico, se non in quanto sia messo in relazione con quei motivi individuali che l'hanno di volta in volta determinato" (E. BETTI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 664).

<sup>56</sup> Tali interventi si sono avuti in riferimento all'*heredis institutio*: Inst. 2, 15, 4; D. 5, 2, 27, 4; 28, 5, 41, 42; 28, 5, 93; *legatum e fideicommissum*: D. 30, 57; 31, 67, 8; 31, 77, 8; 32, 85; 32, 11, 16; 34, 2, 14 pr.; 35, 1, 72, 6; *exhereditatio*: D. 28, 2, 14, 1; 15. Sul punto si veda, per tutti, P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., 398.

## 2.1. *Error facti* ed *error iuris*. Il brocardo *ignorantia iuris nocet*

Distinzione fondamentale all'interno della fattispecie dell'errore è quella costituita dall'*error facti* (errore di fatto), da un lato, e dall'*error iuris* (errore di diritto), dall'altro.

Del primo, di cui si è discusso sino ad ora nella trattazione, si può affermare che verta su circostanze di fatto o su elementi dell'atto negoziale, potendosi indifferentemente trattare di errore ostativo oppure errore motivo<sup>57</sup>.

L'*error iuris*<sup>58</sup>, invece, è quello che cade su norme giuridiche; o, più nello specifico, è "... errore di diritto sia quello che verte sull'esistenza di una norma... sia quello che derivi dall'ignoranza sulla portata, sull'estensione o sui limiti di applicabilità della norma stessa"<sup>59</sup>.

In linea generale, la valenza giuridica dell'errore di diritto non fa venire meno il principio cardine dell'ordinamento giuridico qualificato dal brocardo *ignorantia legis* (o *iuris*) *non excusat* (oppure *ignorantia iuris nocet*), in quanto le due regole appartengono a piani paralleli, ma non completamente sovrapponibili. Il principio *ignorantia iuris nocet* sta a significare che "... il soggetto non può evitare l'applicazione a sé di norme giuridiche, e le relative conseguenze, allegando che egli non le conosceva quando ha preso l'iniziativa che lo rende destinatario delle

---

<sup>57</sup> Per la denominazione *error facti* si veda, ad esempio, D. 22, 6, 1 pr.; 2; 3 pr.; C.I. 1, 18, 6. La rubrica di D. 22, 6 e C.I. 1, 18 è, infatti, *De iuris et facti ignorantia*.

<sup>58</sup> Alcuni Autori, sbagliando, utilizzano come sinonimo di *error iuris* la locuzione *ignorantia iuris*. Tuttavia, tra i due è presente una notevole differenza sostanziale; infatti, "ignorare la legge vuol dire non conoscerla affatto, mentre l'*error iuris* è una conoscenza sbagliata, imperfetta o falsa" (H. KUPISZEWSKI, *Ignorantia iuris nocet*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli, Jovene, 1984, pp. 1357-1364).

<sup>59</sup> La precisazione di A. TRABUCCHI, s.v. *Errore (diritto civile)*, cit., p. 668, è di portata generale, non solo da riferirsi all'odierno diritto civile. Nel diritto romano, in particolare, può essere considerato un caso di *ignorantia iuris* la falsa o mancata conoscenza del rimedio disposto dal pretore romano nell'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali, inserito nel suo *edictum* (così E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 175, nt. 1).

Secondo F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 316-317, è corretto porre sullo stesso piano errore di diritto e sopravvenuta pronuncia di illegittimità costituzionale della norma sotto la vigenza della quale le due parti hanno concluso un contratto. L'illustre Autore spiega che tale "... soluzione... si giustifica per la considerazione che le pronunce di illegittimità costituzionale hanno effetto retroattivo ed eliminano *ab origine* la norma dichiarata illegittima; sicché il contraente scopre *ex post* di avere contrattato sul falso presupposto che vigesse una norma in realtà non vigente". È dubbioso in questo senso V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 746, poiché, secondo quest'ultimo, sembra più opportuno inserire quest'ultimo caso all'interno delle sopravvenienze.

norme...<sup>60</sup>; di conseguenza, "... l'errore di diritto non può mai venire invocato per sottrarsi al comando della legge: *nemo censetur ignorare legem*; altrimenti l'ordinamento giuridico, con la falsa scusa dell'ignoranza (naturale conseguenza della congerie legislativa), non troverebbe più la sua applicazione"<sup>61</sup>. Questo per quanto attiene all'attuale diritto civile.

In riferimento all'esperienza giuridica romana, invece, è opportuno fare distinzioni, sebbene non sembra revocabile in dubbio che la tematica dell'*ignorantia iuris* sia da includere all'interno della più generale questione facente capo all'errore<sup>62</sup>. Il *Corpus Iuris Civilis* annovera al suo interno due rubriche identiche *De iuris et facti ignorantia*, rispettivamente nel Digesto (D. 22, 6) e nel Codex (C.I. 1, 18), a riprova dell'importanza dell'argomento nel diritto giustiniano<sup>63</sup>.

Il più celebre passo inerente all'antitesi *ignorantia iuris/ignorantia facti* è quello tratto dal *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, opera presumibilmente da attribuire al giurista romano Giulio Paolo dell'età dei Severi, e inserito all'interno di D. 22, 6, 9 pr.: *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocet*<sup>64</sup>. Cerca di attenuare tale principio (sebbene in

---

<sup>60</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 744.

<sup>61</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 124. Allo stesso modo C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 655, nt. 49.

<sup>62</sup> H. KUPISZEWSKI, *Ignorantia iuris nocet*, cit., p. 1359.

<sup>63</sup> Molto interessanti le osservazioni sul punto di P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 211 ss; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 253 ss; P. CERAMI, *Ignorantia iuris*, in *Seminarios complutenses de derecho romano (=SC)*, 4, 1992, pp. 57-85; A. GUARINO, *Il diritto e i mistagoghi*, in *Pagine di diritto romano (=PDR)*, 5, Napoli, Jovene, 1994, pp. 3-30.

<sup>64</sup> Sull'autenticità del *liber singularis* si è molto discusso. Secondo P. CERAMI, *Ignorantia iuris*, cit., p. 57 ss., non pare possa dubitarsi dell'origine classica (nello specifico età dei Severi) di tale manoscritto, ammettendo però "ritocchi" e "rielaborazioni" a partire dal periodo postclassico sino all'avvento della Grande Compilazione. Quest'ultimo si scontra fortemente con il Guarino (definendo la sua interpretazione come "ipercritica"), in quanto, già negli anni '40 l'eminente romanista napoletano era dubbioso circa l'origine prettamente classica e paolina del *liber singularis*; opinione, peraltro, riproposta dallo stesso Guarino in *Il diritto e i mistagoghi*, cit., p. 24 ss. Anche U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 253 ss., è persuaso che il *liber singularis* non sia di origine severiana, ma sicuramente più tarda e lo configura quale "... antologia di estratti paolini, compilata in età postclassica...". È diffidente dall'opinione dello Zilletti (fortemente corroborata dalle analisi esegetiche di passi del Digesto inerenti all'argomento), P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 235, nt. 50, secondo il quale "non si può dire dimostrata da alcun argomento valido l'asserita origine postclassica dell'opera di Paolo". Non avanza alcun sospetto sull'origine paolina del *liber singularis* H. KUPISZEWSKI, *Ignorantia iuris nocet*, cit., p. 1360.

materia specifica di usucapione), o almeno lo formula in maniera meno imperativa, Papiniano in D. 22, 6, 7: *Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*<sup>65</sup>.

La regola generale formulata da Paolo trova, nel periodo della giurisprudenza classica, eccezioni dal punto di vista soggettivo; o meglio, alcune categorie di soggetti vengono considerati in maniera diversa rispetto all'ordinario in materia di *error* (o *ignorantia*) *iuris*, poiché possono invocare tale tipo di errore a loro favore. Questi soggetti sono: α) i minori; β) le donne; γ) i rustici e δ) i militari.

α) Minori (*minores XXV annorum*)<sup>66</sup>: a loro è concessa una generale *restitutio in integrum propter aetatem* per gli atti da loro posti in essere, purché commessi senza ricorrere a dolo, quando ne derivino conseguenze dannose;

β) Donne: le ipotesi di aiuto sono più d'una, ma non è facile risalirvi per il carattere di non uniformità e mutamento dal periodo classico dell'esperienza giuridica romana a quello postclassico. Infatti, l'*infirmitas sexus* non sembra possa essere invocata quale motivo di scusa nel diritto classico. In età postclassica, invece, si afferma la regola secondo la quale *feminis ius ignorantibus subveniri solet* (C.Th. 3, 5, 3), nel caso in cui sia da evitare loro un danno. Onorio e Teodosio, successivamente, emanano una costituzione, in cui si afferma: *Et mulieribus et minoribus in his, quae vel praetermiserint vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum* (C.Th. 2, 16, 3); dunque, si uniscono minori e donne. Più tardi, Leone e Zeno apportano restrizioni a tale precedente costituzione, accolte successivamente da Giustiniano<sup>67</sup>;

γ) Rustici: tale appellativo viene inizialmente usato per indicare coloro che vivono nelle campagne; successivamente, invece, è connotato di soggetto ignorante, sporco e rozzo. Non sembra rinvenibile una regola generale secondo la

---

<sup>65</sup> H. KUPISZEWSKI, *Ignorantia iuris nocet*, cit., p. 1360; P. CERAMI, *Ignorantia iuris*, cit., pp. 84-85.

<sup>66</sup> D. 2, 13, 1, 5; 22, 6, 9 pr.; C.Th. 2, 16, 3. Sul punto P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 220 ss.; ID., s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 235; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 267 ss.

<sup>67</sup> C.I. 1, 18, 13; 5, 31, 11; 2, 21, 8. Sul punto si veda per tutti P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 223 ss.

quale i rustici godano della possibilità di invocare l'*error iuris* a proprio favore, ma è necessario andare a ricercare caso per caso<sup>68</sup>;

δ) Militari: in base al loro particolare *status* soggettivo, vengono riconosciuti loro rimedi generali e già predisposti da parte degli Imperatori, ma non dal pretore<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> D. 2, 5, 2, 1; 2, 13, 1, 5; 25, 4, 1, 15; 29, 5, 3, 22; C.I. 6, 9, 8. Sul punto si faccia riferimento a P. VOCI, s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 235.

<sup>69</sup> D. 22, 6, 9, 1; C.I. 1, 18, 1; 9, 23, 5. Anche qui il rimando è da operare nei confronti di P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 223; ID., s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 235.







## Parte II

### *La violenza*

#### 1. Violenza fisica o assoluta

*(vis ablativa, assoluta, physica o corpori illata)*

Secondo l'insegnamento tradizionale la violenza fisica o, più esattamente, assoluta non è altro che una forma di coercizione o coazione fisica (di qui i termini *vis physica* o *vis corpori illata*<sup>70</sup>), materiale e diretta nei confronti di un soggetto passivo, il quale viene sottoposto a tale «forza» di origine esterna al fine di conseguire una manifestazione di volontà negoziale (in realtà, quindi, per niente voluta)<sup>71</sup>. L'esempio tipico che viene utilizzato da parte di tutti i giuristi, tanto da farne un «caso di scuola», è il seguente: un soggetto, nel bel mezzo di un'asta

---

<sup>70</sup> *Vis physica* e *corpori illata* sembrano sinonimi, ma non lo sono. In effetti, a seguire la trattazione dei manuali istituzionali di diritto romano e delle opere di diritto privato, la differenza tra i due appellativi latini non viene spiegata, in quanto tali denominazioni vengono tutte usate allo stesso scopo e maniera; tuttavia, devono essere tenute presenti le esigenze che tali trattazioni perseguono, vale a dire la spiegazione dei concetti fondamentali del diritto, ponendo le basi per una sempre più graduale e solida preparazione di quello che, in futuro, sarà probabilmente un giurista. Tanto per fare degli esempi, non spiegano la diversità tra i due attributi di *vis* appena richiamati, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 105-106; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 240-244; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 198-200; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 146-148; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 115.

Al contrario risulta davvero interessante il contributo sul punto in questione di G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *RDC*, 1970, I, pp. 127-191, secondo il quale la *vis physica* «... si caratterizza per l'uso della forza materiale sulla vittima...» ed essa sta a indicare il «mezzo di esecuzione»; mentre, per quanto riguarda l'espressione *vis corpori illata*, essa si «... rivolge al «corpo» della vittima per piegarne ogni resistenza e coercirlo materialmente al compimento dell'atto preteso...».

Inoltre, è utile a livello etimologico fare riferimento al lemma latino *illatus-a-um*, quale part. perf. del verbo *inferre*, avente una molteplicità non indifferente di significati diversi, tra i quali il più usato rimane sempre «portare, gettare, spingere dentro o su»; tuttavia, in questo nostro caso, il significato è da annoverarsi tra i termini «arrecare, causare, destare, suscitare». Per delucidare tale aspetto mi sono servito del dizionario bilingue latino-italiano/italiano-latino *Nomen. Il nuovissimo Campanini Carboni*, Torino, Paravia, 2002.

<sup>71</sup> Sul punto si veda, per quanto riguarda la parte romanistica, N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, in *NNDI*, 20, 1975, pp. 939-941; M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, in *EdD*, 46, 1993, pp. 830-843; in riferimento all'odierno diritto civile, ottime sono le trattazioni di A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *NNDI*, 20, 1975, pp. 941-953; G. D'AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, in *EdD*, 46, 1993, pp. 858-880; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 773-774.

pubblica, si trova con la mano alzata, non per sua spontanea volontà, ma a causa di una costrizione fisica operata da un'altra persona, la quale, così facendo, fa in modo che esso consenta a un atto a cui non voleva assolutamente partecipare<sup>72</sup>. In questo caso, infatti, è corretta l'opinione di chi ritiene la *vis physica* "... opera[-nte] sul corpo della vittima in modo tale da impiegarlo come puro strumento meccanico all'ordine del sopraffattore (*vis materialis*)..."<sup>73</sup>.

La violenza assoluta è considerata altresì *vis ablativa* in quanto esclude l'elemento della volontà alla sua radice, in modo tale che l'azione che ne derivi non sia un *actus humanus*, ma un *actus hominis*, ovvero, in altri termini, un semplice fatto<sup>74</sup>. Il suo regime è, naturalmente, quello della nullità dell'atto negoziale posto in essere, dato che comporta la radicale esclusione dell'esistenza di una volontà della persona a essa sottoposta. Qui è assente, in via assoluta, il consenso tra le parti<sup>75</sup>.

Una parte della moderna dottrina civilistica – mutuando l'impostazione da quella penalistica – cerca però di superare la concezione tradizionalmente inerente alla *vis physica*, fondata sul mezzo utilizzato per porre in essere la condotta violenta, spostando l'ottica sul risultato di tale azione. Si riconosce, in verità, che "... un effetto di coazione «assoluta» può ben essere il risultato di una semplice minaccia (non accompagnata da alcuna violenza «fisica»), allo stesso modo in cui la «violenza fisica» può dar vita a un fenomeno di coazione «relativa» (*vis moralis*)"<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Si veda, per tutti, F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 285.

<sup>73</sup> Tali parole appartengono a G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, cit., p. 135.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 137.

<sup>75</sup> Alcuni Autori, tra cui C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 658, parlano di "inesistenza" del contratto in caso di violenza fisica; altri, tra cui G. D'AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, cit., p. 860 e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 115, parlano di "radicale nullità". A questo punto mi sembra difficile ritenere che, tra le espressioni usate dai giuristi appena citati, vi sia una sostanziale differenza, in quanto si andrebbe ad ampliare in maniera spropositata quella che è la disciplina civilistica della nullità del contratto, a cui si deve peraltro aggiungere la categoria dell'inesistenza forgiata dalla giurisprudenza.

<sup>76</sup> Così G. D'AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, cit., p. 861. Molto chiaro anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 773 ss., secondo il quale "... anche una semplice violenza morale può, di fatto, annientare la volontà della parte: si minaccia al coniuge l'abbandono e la richiesta di separazione, prospettiva che la vittima della minaccia percepisce come esistenzialmente intollerabile. Per contro, anche una violenza fisica può lasciare a chi la subisce margini di autodeterminazione: la parte, presa a schiaffi per avere rifiutato di firmare il contratto, persiste nel rifiuto. D'altra parte la distinzione fra *volontà annientata* e *volontà solo viziata*... dipenderebbe da un criterio tutto psicologico, fonte di difficoltà dei giudizi e d'incertezza dei rapporti". Allo stesso modo, anche se meno ampiamente,

Per quanto riguarda il diritto romano la *vis corpori illata* non viene presa in considerazione da parte dei *prudentes*, in tanto in quanto nell'ordinamento giuridico romano non si faceva sostanzialmente ricorso alla scrittura per la stipulazione di atti aventi effetti giuridici<sup>77</sup>. Così facendo, naturalmente, si eliminava a priori l'ambito all'interno del quale la violenza fisica poteva avere la sua più compiuta espressione.

## **2. Violenza morale o relativa (*vis compulsiva, psychica o animo illata*) e *metus*. Fattispecie, profilo etimologico e storico-giuridico. La formula *Octaviana***

La violenza morale o, più esattamente, relativa sta a indicare, a differenza della violenza fisica o assoluta, un vero e proprio vizio della volontà, in quanto "... influisce sul processo volitivo con la minaccia di un male e, inculcando timore, pone un motivo che non dovrebbe operare. Propriamente essa mette la volontà dinanzi a un'*alternativa* e alla necessità di un'opzione: le impone, cioè, di scegliere fra la conclusione del negozio e il rischio di subire il male minacciato"<sup>78</sup>. In questo caso, oltre alla *vis* – che si esaurisce nella minaccia – è presente un ulteriore elemento, quello del *metus* (timore o paura), connesso solitamente con i verbi latini *afferre* o *inferre* o *inicere* o *incutere*<sup>79</sup>. Sembra, quindi, che i due termini siano legati tra loro

---

C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 658, e R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La violenza*, cit., p. 236. Continua invece a seguire l'impostazione tradizionale sopra citata l'autorevolissimo A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, cit., p. 943, secondo il quale è da "... conservare netta la distinzione dalla *vis physica*, perché quella si riferisce direttamente all'atto della manifestazione. Nei riguardi della *vis moralis*, la distinzione si riduce a questione di specie, a questione di confini". Scettico sulla distinzione anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 241, secondo il quale "... l'uso dei termini violenza morale e fisica può esser equivoco...".

<sup>77</sup> Cfr. M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 834, nt. 39. Alla stessa maniera V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 320-321; N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 939, e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 241.

Tuttavia, almeno in astratto, la *vis physica* è possibile anche in un negozio orale: ad esempio, in una *stipulatio*, si spintona qualcuno affinché pronunci i *verba* relativi a tale tipo di negozio.

<sup>78</sup> L'espressione utilizzata è di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 462 ss.

<sup>79</sup> Cfr. *Nomen. Il nuovissimo Campanini Carboni*, cit.

da una connessione alquanto solida, rilevabile nel binomio causa, quale *vis*, ed effetto, quale *metus*<sup>80</sup>.

Anche questo tipo di violenza, come quella fisica o assoluta, viene considerata dagli interpreti sulla base di vari attributi (espressi sempre in lingua latina). Essa, infatti, è caratterizzata dal fatto di concretizzarsi per mezzo di un atto immateriale di minaccia (*vis psychica*)<sup>81</sup>; di conseguenza, è *vis animo illata* in quanto, attraverso l'atto di minaccia, il suo obiettivo è la "... «coscienza» del paziente per indurlo, influenzando sulle sue facoltà psichiche volitive, a determinarsi *sua sponte* nel senso preteso..."<sup>82</sup>. A differenza della *vis physica*, la violenza morale abbisogna necessariamente del *metus* perché si possa concludere che la sua stessa fattispecie si sia verificata in concreto, dato che è mediante il timore che la minaccia perviene nell'animo della vittima in modo che la volontà di quest'ultima si pieghi ad assecondare le intenzioni dell'autore (*vis conditionalis*)<sup>83</sup>. Infine, essa si sostanzia quale *vis compulsiva* poiché va a inficiare il processo formativo della volontà del soggetto a essa sottoposto, ponendo così in essere un atto che, per quanto sia viziato, è realmente voluto dalla vittima (*actus elicitus*)<sup>84</sup>.

La violenza morale o relativa, infatti, non annullando del tutto la volontà del soggetto di porre in essere un atto negoziale (come invece accade in ambito di *vis physica*), non viene a integrare causa di invalidità dei negozi giuridici nell'ambito del *ius civile* romano. Essi, quindi, rimangono pienamente validi ed efficaci, che siano *negozi a forma vincolata* o *negozi a forma libera*<sup>85</sup>. Ciò è confermato dal

---

<sup>80</sup> E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 183. Si può ugualmente ritenere, in questo senso, l'apporto della *vis* (da parte del sopraffattore) come aspetto o momento *attivo* ed il *metus*, invece, come aspetto o momento *passivo*, facente capo al soggetto sottoposto a pressione violenta attraverso la minaccia (così M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 831). Alla stessa maniera V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 320, secondo cui *vis* e *metus* "non sono altro che i due aspetti della medesima cosa".

<sup>81</sup> Cfr. G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, cit., p. 131 ss.

<sup>82</sup> *Ivi*, pp. 134-135.

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 135.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 137. Sul punto anche A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 127. Nell'ordinamento civile italiano, il quale considera espressamente soltanto la violenza quale morale o relativa, quest'ultima è solamente causa di annullabilità del contratto (allo stesso modo degli altri due vizi del consenso, errore e dolo) e viene disciplinata precisamente nel gruppo di articoli che vanno dal 1434 al 1438 del Codice civile.

<sup>85</sup> Non si conforma del tutto a tale visione V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 322 ss., in quanto ritiene che l'atto di autonomia privata estorto con violenza sia valido, ma annullabile. Nondimeno, egli descrive le difficoltà che la dottrina romanistica incontra nello giudicare la validità

famoso passo del giurista romano Paolo, divenuto una *regula iuris*: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*<sup>86</sup>.

Se è presente violenza non sono, al contrario, ritenuti validi nel diritto romano gli atti negoziali protetti da *iudicia bonae fidei*, poiché, in questo particolare ambito, il negozio estorto con violenza non è produttivo di effetti già sul piano del *ius civile* stesso. Invero, fondare le proprie pretese su un negozio affetto da tale vizio è considerato contrario alla *bona fides*<sup>87</sup>.

I primi passi verso una piena tutela nei confronti della vittima colpita da *metus*, conseguenza della *vis* posta in essere dal sopraffattore, sono riscontrabili nel I sec. a.C., ovvero l'ultimo secolo della Repubblica, periodo affetto da guerre intestine dove "... facilmente profittano coloro che pescano nel torbido, con

---

(oppure l'invalidità) dei negozi nel *ius civile* in presenza di violenza. Non hanno dubbi ed accolgono la tesi sopra riportata nel testo C. SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1934, p. 39 ss; C. LONGO, *Note critiche in tema di violenza morale*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (=BIDR), 42, 1934, pp. 68-128, e E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 313 ss., secondo il quale, per quanto riguarda i *negozi non formali*, "un pregiudizio oggi molto diffuso ritiene, senz'ombra di dimostrazione, che il diritto classico li considerasse nulli. Ma si tratta di un equivoco, alla cui base stanno un errore tecnico-giuridico e un errore di psicologia. Il primo errore consiste nel credere che nel negozio non formale la volontà privata si trovi, per così dire, allo stato puro, senza bisogno d'involucri, e si riveli direttamente nella sua intima qualità psicologica: laddove... ogni negozio, quale fatto socialmente rilevante, è legato all'uso di segni certi e attendibili: quei segni, per mezzo dei quali soltanto possono gli uomini entrare in relazione fra loro, e senza dei quali una vita di relazione non sarebbe neppure concepibile. L'errore di psicologia, poi, consiste nel ritenere che la violenza sopprima la volontà: laddove... essa (come l'errore-vizio), opera proprio attraverso la sua determinazione, provocando un giudizio di convenienza che agisce come motivo". Più recentemente, sono dello stesso parere degli ultimi studiosi citati, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 173 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 241 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 199. Sul punto, cfr., E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 68 ss., contributo recente, molto specifico, che prende in esame tutti i molteplici aspetti del binomio *vis/metus* nell'esperienza giuridica romana, sia in ambito sostanziale che processuale.

<sup>86</sup> D. 4, 2, 21, 5.

<sup>87</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 242. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 175, aggiunge che "... deve escludersi che la sentenza nel *iudicium bonae fidei* operasse un annullamento del negozio. In caso d'assoluzione della vittima della *vis*, si aveva una implicita dichiarazione giudiziale di nullità del negozio; in caso di condanna dell'avversario al pagamento d'una somma di denaro, si aveva una dichiarazione implicita della validità del negozio, e la determinazione giudiziale dell'inefficacia del negozio stesso". Ha portata a dir poco ampia, in questo senso, D. 50, 17, 116 pr., in cui Ulpiano afferma: *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra mores est*. L'elencazione dei *bonae fidei iudicia* è in Inst. 4, 62: *sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto, venditio, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoria*.

estorsioni, violenze, minacce”<sup>88</sup>. Testimone oculare di quel difficoltoso periodo della storia romana è Cicerone, secondo cui: *Vim volumus extinguere, ius valeat necesse est, id est iudicia, quibus omne ius continetur; iudicia displicent aut nulla sunt, vis dominetur necesse est*<sup>89</sup>.

La c.d. *formula Octaviana* risale, infatti, al I sec. a.C. ed è considerata il rimedio antesignano a tutela di coloro i quali sono vittime di violenza morale<sup>90</sup>. Tale *formula* viene introdotta, secondo l’interpretazione maggioritaria, dal pretore Cn. Octavius intorno all’80 a.C.; tuttavia, ciò è ancora molto discusso in dottrina<sup>91</sup>. Di tale Cn. Octavius fa menzione Cicerone in una sua opera, affermando:

*Adiungenda etiam est facilitas in audiendo, lenitas in decernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia. His rebus nuper Cn. Octavius iucundissimus fuit, apud quem primum lictor quievit, tacuit accensus, quotiens quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere; qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum. Haec illius severitas acerba videretur, nisi multis condimentis humanitatis mitigaretur*<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Le parole tra virgolette appartengono a C. SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, cit., p. 171 ss. Sul punto si faccia riferimento anche a L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, Jovene, 1971, p. 14 ss, opera molto importante riguardante specificamente la tutela interdittale. Sul punto si veda anche M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 832, nt. 24.

<sup>89</sup> Cic., *Pro Sest.* 42, 91.

<sup>90</sup> Sul punto, molto ampiamente, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 125 ss.

<sup>91</sup> Si veda, ad esempio, M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 831, secondo il quale è da “... escludere che il primo creatore del mezzo processuale in oggetto possa identificarsi con il padre di Ottaviano Augusto, Cn. Octavius, pretore nel 61, ed è giocoforza pensare a un altro Cn. Octavius, pretore nel 79, ovvero a L. Octavius, pretore nel 78” (ovviamente, anche se l’Autore non lo precisa, le date appena espresse sono *ante Christum natum*). Non avanzano più di tante perplessità sull’argomento N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 175; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 389, nt. 24.6.1. Al contrario, studiano molto la questione L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, cit., pp. 14-16, nt. 36, e E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 14, nt. 13.

<sup>92</sup> Cic., *Ad Q. fr.* 1, 1, 21.

Molti studiosi, inoltre, affermano giustamente che, nel testo appena riportato, sono rinvenibili importanti riferimenti alla *formula Octaviana*; primo fra tutti, naturalmente, è il nome di *Cn. Octavius* e, in secondo luogo, la proposizione «*cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere*», relativa molto probabilmente alla clausola edittale della *formula Octaviana*<sup>93</sup>.

L'Arpinate riporta l'appellativo *formula Octaviana* (ed è l'unico a farlo) una sola volta, nelle Verrine. Il passo è il seguente:

*Tenetur igitur iam, iudices, et manifesto tenetur avaritia, cupiditas hominis, scelus, improbitas, audacia. Quid? Si haec quae dico ipsius amici defensoresque iudicarunt, quid amplius vultis? Adventu L. Metelli praetoris, cum omnes eius comites iste sibi suo illo panchresto medicamento amicos reddidisset, aditum est ad Metellum; eductus est Apronius. Eduxit vir primarius, C. Gallus sanator; postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia. Non impetrat, cum hoc diceret Metellus, praeiudicium se de capite C. Verris per hoc iudicium nolle fieri. Tota Metelli cohors hominum non ingratorum aderat Apronio; C. Gallus, homo vestri ordinis, a suo familiarissimo L. Metello iudicium ex edicto non potest impetrare*<sup>94</sup>.

L'episodio raccontato in questo passo si riferisce alla vicenda giudiziaria instaurata davanti al pretore Metello<sup>95</sup> da parte del senatore romano Gallo, ai fini di vedersi concessa la *formula Octaviana* nei confronti di Apronio, seguace di Verre

---

<sup>93</sup> Cfr. E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 132 ss.

<sup>94</sup> Cic., *In Verr.* 2, 3, 65, 152. Sul punto si veda E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 11 ss. e 130 ss.; N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940, nt. 2; M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 831 ss.

<sup>95</sup> L. Metello fu pretore urbano nel 71 a.C. circa, per poi passare alla carica di propretore in Sicilia l'anno successivo, succedendo a Verre.

in Sicilia<sup>96</sup>. Tuttavia, L. Metello non accolse la domanda di Gallo per non pregiudicare il processo che si stava celebrando a Roma contro Verre<sup>97</sup>.

### **2.1. La formula *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*. Profili storico-giuridici**

La formula edittale (divenuta di carattere definitivo sotto l'Impero di Adriano) *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*, fondamentale per ogni tipo di studio inerente al tema della violenza, si trova in un celeberrimo passo tratto dall'undicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano:

D. 4, 2, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor: «Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo». Olim ita edicebatur «quod vi metusve causa»: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrarium voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

In questo frammento il giureconsulto romano riporta, in primo luogo, l'espressione *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*, facente parte dell'editto, in base alla quale il pretore concede il suo intervento al manifestarsi di un qualunque *gestum*<sup>98</sup> a cui si sia pervenuti a causa di *metus*; in secondo luogo, Ulpiano ammette che *olim ita edicebatur*, ossia che una volta, quindi, in passato, era stabilito nell'editto *quod vi metusve causa*. In seguito, tuttavia, la *mentio* del

---

<sup>96</sup> Contro Verre, nel frattempo, era stata promossa una *quaestio repetundarum* a Roma. Per cenni fondamentali di storia si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 202 ss.

<sup>97</sup> Cfr. M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 147, nt. 178, nonché, più di recente, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 145 ss.

<sup>98</sup> Per il significato del termine *gestum*, ad esempio, cfr. D. 4, 4, 7 pr., e D. 42, 8, 1, 2. Per la dottrina si veda B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 176 ss., secondo il quale “il *gestum erit* edittale si riferisce ad ogni tipo di atti leciti giuridicamente rilevanti, ond'è che ben spiega, nei commenti giurisprudenziali, l'uso del generico verbo *facere* per indicare gli atti *metus causa*...”.



termine *vis* fu espunta, dato che qualsiasi manifestazione negoziale conclusa sotto l'influsso di una *vis atrox* pareva compiuta anche *metus causa*<sup>99</sup>.

Sulla base della spiegazione data da Ulpiano con la proposizione *quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur*, quindi, "... l'eliminazione della *vis* dalla clausola edittale... non era stata compiuta con la motivazione che si considerava irrilevante la *vis atrox*, ma perché questa era implicita nella considerazione del *metus*"<sup>100</sup>.

Anche in questo caso ci soccorre la testimonianza data da Cicerone nei testi sopra riportati; in particolare, il passo delle Verrine 2, 3, 65, 152 e quello tratto dalle lettere *Ad Quintum fratrem* 1, 1, 21. Rispettivamente, nelle prime la frase che risulta rilevante ai fini della trattazione è "*quod per vim aut metum abstulissent*"; mentre, nelle seconde, è "... *quae per vim et metum abstulerant reddere*...". In entrambi i casi viene usato dall'Arpinate il verbo *auferre*, diverso quindi dal *gerere* utilizzato

---

<sup>99</sup> Su tale passo si faccia riferimento, peraltro molto puntuale, a G. CERVENCA, *Per la storia dell'editto 'Quod metus causa' (a proposito di D. 4,2,1, e 3)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (=SDHI), 31, 1965, pp. 312-318. Quest'ultimo Autore svolge una interessante analisi del passo sopra riportato, in combinato disposto con D. 4, 2, 3 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*), in cui il grande giurista romano statuisce: *Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur*. Egli, in effetti, si conforma alla tesi maggioritaria, secondo cui nel testo ulpiano gli appellativi *vis* e *metus* non sono altro che una endiadi, in cui *vis* integra il momento attivo e *metus* quello passivo. Inoltre, risulta davvero utile in questo senso, l'opera di E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, pp. 4 ss., ntt. 1-4. Si sofferma ampiamente su tale clausola edittale anche B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 176 ss.

Esprime dei dubbi nei riguardi della formula edittale C. CASTELLO, *Timor mortis vel cruciatus corporis*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* (=AG), 5° serie, v. 1 (dell'intera collezione v. 121), 1939, pp. 145-165. Nello specifico, alla nota 1 di p. 163, il Castello sostiene che "... in quell'epoca nell'editto del pretore si trovava *quod vi metusve*... Il passo D. 4, 2, 1 è di epoca più tarda; forse però già anteriormente a Giustiniano si era venuto compiendo una tale semplificazione nell'editto, ed infatti, se ben mi risulta, nelle costituzioni dell'epoca diocleziana non si parla già più di *vis vel metus* congiuntamente, ma solo o dell'uno o dell'altro: ciò fa pensare che a quel tempo la caduta della menzione della *vis* si fosse già verificata o accadesse proprio in quel tempo".

Infine, ricordiamo anche il contributo, peraltro isolato, di C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano, Giuffrè, 1966<sup>2</sup>, p. 641 ss., secondo il quale la formula *Octaviana* si riferiva sia alla *vis*, considerata come violenza fisica o assoluta, sia al *metus*, considerato come violenza morale o relativa; solamente in un secondo momento, ovvero nel 76 a.C., anno di introduzione dell'*actio vi bonorum raptorum*, la *vis physica* sarebbe stata inclusa nell'ambito di applicazione di quest'ultima azione e, così facendo, la *vis psychica* sarebbe stata considerata in via esclusiva dalla formula di *Cn. Octavius*. La soluzione di quest'ultimo Autore è sicuramente elegante e lineare; tuttavia, non supera le censure propugnate da G. CERVENCA, *Per la storia dell'editto 'Quod metus causa'*, cit., p. 315 ss.

<sup>100</sup> Così E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 8.

nella formula editale riportata da Ulpiano in D. 4, 2, 1. Il primo dei due verbi sta a indicare "... l'impossessamento di qualcosa con prevalente – ma non esclusivo – riferimento al carattere antigiusuristico dello stesso..."<sup>101</sup>; più specificamente, si considera la diversità tra *auferre* e *gerere* da un punto di vista prettamente soggettivo, in quanto il primo si riferirebbe più che altro al sopraffattore, cioè a colui che ha perpetrato la *vis*, mentre il secondo sarebbe più consono alla vittima della pressione violenta<sup>102</sup>.

Inoltre, bisogna intenderci sul significato di *vi auferre*, dato che non risulta per nulla univoco. Infatti, tale espressione "... potrebbe anche riferirsi al vantaggio patrimoniale conseguente alla violenza, cioè, a ciò che è stato ottenuto, ricevuto in seguito all'uso della violenza o alla induzione del timore. L'espressione *per vim et metum auferre* non indica necessariamente il portar via, lo strappare con la forza e con la violenza qualcosa (più adatto a ipotesi di violenza fisica), ma significa anche ottenere qualcosa da qualcuno, costringere qualcuno a consegnare qualcosa, approfittando della propria posizione di forza (più adatto ad ipotesi di *vis compulsiva*)"<sup>103</sup>.

Oltre alle importantissime testimonianze di *M. Tullius Cicero*, vi è un altro grande scrittore romano che risulta d'aiuto in questo *excursus* storico-giuridico: Seneca il retore. Egli, nelle sue *Controversiae*<sup>104</sup>, prospetta casi processuali soggetti poi a successiva disamina<sup>105</sup>. Si riportano qui di seguito i brani utili alla trattazione:

*Contr. 4, 8: Patronus Operas Remissas Repetens. Per vim metumque gesta irrita sint. Bello civili patronus victus et proscriptus ad libertum confugit. Receptus est ab eo et rogatus ut operas remitteret. Remisit consignatione facta. Restitutus indicit operas. Contradicit. Patronus a liberto restitutionem peto. Si pacisci tunc a me voluisses operas, spopondissem. Bona bello*

---

<sup>101</sup> M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 831.

<sup>102</sup> E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 17, con ampia bibliografia.

<sup>103</sup> *Ivi*, pp. 18-19.

<sup>104</sup> Sen., *Contr. 4, 8; 9, 3, 9*. Cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., pp. 171-172, nt. 434.

<sup>105</sup> Sul punto E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 26 ss.

*perdidi, ad restitutionem nudus veni; nunc libertorum operas desidero. Profer tabellas illa proscriptionis tabula crudeliores: persequebatur illa quos vicerat, hae persecutae sunt quos receperant; in illa ultio fuit, in his perfidia; denique illa iam desiit, hae perseverant. Non mea, inquit, sed aliena vis fuit. Aequè dignus est poena qui ipse vim adhibet et qui ab alio admota ad lucrum suum utitur. In hunc primum incidi et, dum timeo ne offenderem, secutus sum hoc exigentem. Non recepit me, sed inclusit. Nihil est venali misericordia turpius; Contr. 9, 3: Expositum Repetens ex Duobus. Per vim metumque gesta ne sint rata. Pacta conventa legibus facta rata sint. Expositum qui agnoverit solutis alimentis recipiat. [...] 9. An, si in re vis et necessitas est, ita tandem rescindantur quae per vim et necessitatem gesta sunt si vis et necessitas a paciscente adhibita est. Nihil, inquit, mea an tu cogaris si non a me cogaris; meam culpam esse oportet ut mea poena sit. Non, inquit; neque enim lex adhibenti vim irascitur sed passo succurrit, et iniquum illi videtur id ratum esse quod aliquis non quia voluit pactus est sed quia coactus est. Nihil autem refert, inquam, per quem illi necesse fuerit; iniquum enim quod rescinditur facit fortuna eius qui passus est, non persona facientis.*

Seneca utilizza sia i sostantivi *vis* e *metus* sia il cambiamento di prospettiva soggettiva instauratosi con il verbo *gerere* (relativo alla vittima della violenza), al posto di *auferre* (relativo all'autore della violenza). In questo senso, quindi, Seneca (come Cicerone) ci consegna una notevole attestazione di quello che è il mutamento storico-giuridico sviluppatosi in quel periodo della storia romana, partendo dalla formula *Octaviana* e arrivando sino alla formula edittale adrianea riportata da Ulpiano in D. 4, 2, 1, in cui manca il riferimento alla *vis*<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Ivi, pp. 28-29.

### 3. I rimedi pretori contro il *metus* indotto dalla *vis* negli atti di autonomia privata. α) *Actio quod metus causa*; β) *Exceptio metus*; γ) *In integrum restitutio propter metum*

La formula edittale *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo* (D. 4, 2, 1), sopra richiamata, viene tendenzialmente ricollegata dagli studiosi a tutti e tre i rimedi processuali introdotti dal *ius honorarium*<sup>107</sup>: *actio quod metus causa*, *exceptio metus* e *in integrum restitutio propter (ob) metum*.

α) *Actio quod metus causa*<sup>108</sup>: è un'azione arbitraria<sup>109</sup>, pretoria, non sussidiaria, con *formula in factum concepta*<sup>110</sup>, esperibile entro un anno da quando si è avuta la coazione (*vis*) comportante il *metus* (da cui poi è derivato l'atto

---

<sup>107</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 242. Se la connessione sistematica tra la clausola edittale e i tre rimedi risulta essere pacifica, non altrettanto lo è il collegamento con essi a livello storiografico. In effetti, molti studiosi sono in disaccordo nel riferirsi a tale formula o con la *in integrum restitutio ob metum* oppure con l'*actio quod metus causa*. Ad esempio, G. CERVENCA, *Per la storia dell'editto 'Quod metus causa'*, cit., p. 318, secondo cui "... la clausola edittale riferita da Ulpiano in D. 4, 2, 1 a favore della vittima del *metus* concerne in modo specifico il rimedio della *restitutio in integrum*, nel mentre l'*actio quod metus causa* trova il suo fondamento in un'altra distinta disposizione dell'Editto". Seguono tale impostazione anche B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 176, e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 106, che parla della *in integrum restitutio* quale rimedio più antico, unico di cui si sia conservata l'apposita clausola edittale. Di altro avviso sono, invece, N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940, e A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 389, nt. 24.6.1, per i quali l'*actio quod metus causa* fu introdotta per prima dal *praetor Octavius* e venne denominata *formula Octaviana*; essi, quindi, confondono quest'ultima con l'*actio*, senza alcun tipo di differenziazione. Sul punto, cfr., E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 56 ss.

<sup>108</sup> Viene anche denominata *actio metus causa* o *actio de eo quod metus causa factum est*. Per N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940, nt. 5, il termine *actio metus causa* non risulta essere di origine classica; *contra* B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 179, nt. 470, secondo il quale "... è la locuzione più frequente...". Su questo punto, cfr., D. 4, 2, 12, 2; 14, 2; 15; 21, 6; 4, 3, 18 pr. Inoltre, nel passo D. 13, 7, 22, 1, è presente il periodo *agere quod metus causa factum est*.

<sup>109</sup> Sulle *actiones arbitrarie* si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 314 ss., secondo cui "ciò che caratterizza queste *formulae* è la c.d. clausola arbitraria che configura i poteri del giudice in modo più articolato e complesso che nelle altre azioni..."; infatti, "sulla base della clausola arbitraria, il giudice emana, in un primo momento, la *pronuntiatio* (c.d. *de iure*), e cioè la decisione mediante la quale stabilisce se sussista il diritto vantato dall'attore... se tale accertamento è negativo, venuta a mancare una delle condizioni della condanna, pronuncia l'assoluzione del convenuto ed il processo è concluso. Se l'accertamento è, invece, positivo, fissa i termini in cui il convenuto deve procedere alla restituzione della cosa... questa ulteriore pronuncia configura il c.d. *iussum de restituendo* (che normalmente è racchiuso in un unico provvedimento con la *pronuntiatio de iure*)".

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 316 ss.

negoziale *metus causa*), con conseguente condanna al *quadruplum*<sup>111</sup> rispetto alla valutazione della *res* estorta; tuttavia, il riferimento al valore della cosa estorta risulta essere il parametro originario a cui riferire il *quadruplum*, dato che, in seguito, esso “... si calcolava sulla base del *quanti ea res erit*, cioè... sulla base dell’interesse della vittima della violenza... alla neutralizzazione dell’atto estorto, interesse calcolato al momento della sentenza. Il *quanti ea res erit*, che poi si quadruplicava, includeva, ad esempio, i frutti delle cose estorte e, più in generale, ogni *causa* (cioè ogni fattore patrimoniale accessorio a quello principale)”<sup>112</sup>. Trascorso un anno dalla possibilità di esperire l’*actio*, invece, la condanna veniva limitata in *simplum*, ovvero all’ammontare del danno patito dal soggetto sottoposto a *vis*, in questo caso sempre *causa cognita*<sup>113</sup>.

Nel caso in cui l’attore si fosse prodigato per convenire in giudizio il sopraffattore entro la prima annualità, quest’ultimo non sarebbe stato condannato al *quadruplum* se avesse soddisfatto la pretesa dell’attore sulla base della *clausola arbitraria* (o meglio, del c.d. *iussum de restituendo*), facente parte della formula dell’*actio quod metus causa* che, secondo il Mantovani, era presumibilmente del seguente tenore: *Si paret metus causa A. Agerium fundum quo de agitur N. Negidio mancipio dedisse neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis restituetur, quanti ea res erit tantae pecuniae quadruplum C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo*<sup>114</sup>.

Tale azione viene considerata dalla maggior parte degli studiosi un esempio di *actio poenalis*, ma ciò è tutt’ora fortemente discusso, sia sulla base della “... difficoltà di cogliere il senso della evidente sproporzione tra la pena al quadruplo, peraltro senza conseguenze infamanti della condanna, e la previsione della formula

---

<sup>111</sup> D. 4, 2, 14, 1: *Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret et restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.* Sul *quadruplum* si faccia riferimento anche, tra gli altri, a D. 4, 2, 9, 6; 8; 16, 1; 21, 2; C.I. 2, 19, 4.

<sup>112</sup> B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 180. Alla stessa maniera M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 242.

<sup>113</sup> Cfr. N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940.

<sup>114</sup> D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, Cedam, 1999<sup>2</sup>, p. 70.

nella clausola restitutoria”<sup>115</sup>, nonché prendendo in esame un brano di Ulpiano, cioè D. 4, 2, 9, 8, dal seguente tenore: *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est...*. Infatti, in tale passo ulpiano, il grande giurista romano sembra escludere la natura penale dell’*actio quod metus causa*, sulla base dell’espressione *nec personam vim facientis coerceat*<sup>116</sup>.

L’interpretazione un tempo dominante si basava sul fatto che l’*actio quod metus causa* avesse quale proposito la condanna a una pena pecuniaria il cui ammontare fosse pari al quadruplo del valore dell’oggetto estorto con la minaccia, la cui mancata restituzione fungeva da presupposto per l’esercizio dell’azione stessa. Si sosteneva, altresì, che data la sua natura di *actio poenalis*, essa, almeno nel diritto classico, non poteva esperirsi che nei confronti dell’autore della violenza<sup>117</sup>.

La questione inerente al carattere penale o meno dell’*actio quod metus causa* (che potrebbe trovare conferma nella riduzione della condanna al *simplum*, decorso l’anno, caratteristica tipica delle azioni penali onorarie) trova il punto più controverso nella problematica della legittimazione passiva, in relazione cioè ai soggetti nei confronti dei quali poteva essere esercitata tale azione. L’opinione che

<sup>115</sup> E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 168 ss.

<sup>116</sup> Per un’ampia e puntuale esegesi del passo si rinvia a E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 308 ss.

<sup>117</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 311; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 167, nt. 18. Aderisce in maniera esplicita alla tesi propugnata dal Betti, C. CASTELLO, *Timor mortis vel cruciatus corporis*, cit., p. 163, secondo il quale “l’*actio quod metus causa* trovava applicazione solo per atti di estrema gravità ed era quindi logico che fosse una azione penale in quanto si trattava di un atto illecito”. Considerano l’*actio quod metus causa* azione penale anche N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 940; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 180; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 106; P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 402; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 147; M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 834. *Contra* E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 408, secondo la quale “la struttura dell’*a.q.m.c.*... mostra come essa non fosse e non potesse essere un’azione strettamente penale e volta alla punizione dell’autore della violenza. In questo caso, infatti, l’*intentio* non avrebbe dovuto essere formulata impersonalmente (con la conseguenza che il convenuto non necessariamente dovesse coincidere con l’autore della violenza); la *restitutio* non avrebbe dovuto comportare l’assoluzione. Piuttosto, è emerso che l’*a.q.m.c.* era finalizzata a ottenere la *restitutio*”. A questo proposito, non pare cogliere nel segno la domanda posta da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 243-244, e cioè: “Perché si sarebbe, però, creata l’*in integrum restitutio*, quando l’*actio quod metus causa* avesse assolto, praticamente, alla stessa funzione?”.

aveva più seguito sosteneva che si potesse esperire l'*actio* solo nei confronti del vero e proprio autore della violenza e, soltanto a partire dal periodo di Giustiniano, la legittimazione passiva a tale azione si sarebbe ampliata, includendo nelle sue maglie qualunque soggetto a cui fosse derivato un vantaggio (anche se in buona fede) dal perpetrato comportamento antigiuridico, posto in essere, mediante *vis*, dal sopraffattore (da ciò deriva l'appellativo di *actio in rem scripta*<sup>118</sup>). L'opinione della dottrina romanistica più recente, invece, ammette, già a partire dal periodo classico, la possibilità di esperire l'azione nei confronti dei terzi, anche di buona fede, che avessero conseguito un *lucrum* a fronte dell'esercizio della violenza<sup>119</sup>.

Infine, dal punto di vista della trasmissibilità attiva e passiva dell'*actio quod metus causa* si può affermare che, nel primo caso, l'azione può essere esercitata da parte dei successori del soggetto sottoposto originariamente a *vis*; mentre, nel secondo, l'*actio quod metus causa* è esperibile avverso gli eredi del convenuto nei limiti dell'*id quod (ad) eos pervenit*. Nello specifico, dal lato della trasmissibilità attiva dell'*actio*, soccorre un passo delle Pandette, D. 4, 2, 14, 2, tratto sempre dal *libro undecimo ad edictum* di Ulpiano. In esso si dice:

*In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: et sane cum per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: si is cui vis admissa est decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet: propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres*

---

<sup>118</sup> Spiega bene la qualifica di *actio in rem scripta*, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 184, nt. 489, secondo cui tale qualifica "... allude al fatto che nella formula dell'*a. metus causa* non si faceva menzione della persona che aveva esercitato la *vis*, ma si prescriveva al giudice solo d'accertare se l'attore avesse operato *metus causa*".

<sup>119</sup> Così, anche se con qualche perplessità a riguardo del pensiero della dottrina più recente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 243-244; non ha dubbi, al contrario, e aderisce esplicitamente al nuovo orientamento B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., pp. 183-184. Sul carattere di *actio in rem scripta* dell'*actio quod metus causa* si faccia riferimento, con vastissima bibliografia, a E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 300 ss.

*in quadruplum experiri possit. Ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem.*

Il grande *prudens romanus* si interroga, qui, sull'erede della vittima della *vis*, ammettendo che egli possa, trascorso il tempo utile di un anno per l'*actio quod metus causa* nel quadruplo, agire con la *petitio hereditatis*, poiché il soggetto che ha effettuato la pressione violenta è *possessor pro possessore*. Al contrario, nel caso in cui l'anno non sia ancora passato, il successore dell'originario legittimato attivo potrà esperire l'*actio quod metus causa* nel quadruplo. Nell'ambito della trasmissibilità passiva all'erede (nel limite dell'*id quod [ad] eum pervenit*) dell'*actio quod metus causa* è rilevante un altro testo tratto dal *libro undecimo ad edictum* ulpiano, inserito in D. 4, 2, 16, 2, nel quale si afferma:

*Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non inmerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.*

L'*id quo (ad) eum pervenit* sta a significare che la responsabilità dell'erede viene configurata nei limiti del suo stesso arricchimento<sup>120</sup>.

β) *Exceptio metus* (o *exceptio quod metus causa factum est*)<sup>121</sup>: è l'eccezione processuale (da inserire nell'apposita formula), concessa dal pretore alla vittima di violenza, nel caso in cui quest'ultima sia convenuta in giudizio dall'attore ai fini

---

<sup>120</sup> Riferimenti bibliografici più estesi si possono riscontrare nell'opera di E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 365 ss.

<sup>121</sup> D. 44, 4, 4, 3 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est «si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an si qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit.* Per l'appellativo *exceptio quod metus causa factum est* si veda, ad esempio, D. 44, 1, 7, 1 e Inst. 4, 13, 8.



dell'adempimento del negozio. La sua funzione è quella di paralizzare l'azione e può essere fatta valere includendo nella formula il riferimento alla minaccia subita.

Caratteristica peculiare di questo rimedio pretorio è il fatto di essere *in rem scripta*, ovvero costruito in maniera impersonale. In altri termini, il giudice doveva soltanto accertare che in quell'affare (non) vi fosse stata violenza, ma non anche la responsabilità dell'attore nell'aver determinato il *metus*. Se era stata esercitata violenza ai danni del convenuto, sia da parte dell'attore, sia da parte di terzi, il convenuto stesso doveva essere assolto<sup>122</sup>. Naturalmente, l'inserimento nella formula dell'*exceptio metus causa* non è necessario nel caso in cui si tratti di negozio tutelato da un *bonae fidei iudicium*<sup>123</sup>.

γ) *In integrum restitutio propter (ob) metum*<sup>124</sup>: è il rimedio pretorio concesso alla vittima di *vis* al fine di conseguire la rescissione degli effetti dell'atto negoziale concluso sotto l'influenza del *metus*; anche tale strumento è esperibile nei confronti di chiunque abbia ricavato un vantaggio dalla pressione violenta posta in essere dal soprafattore, anche se non si tratta dell'autore stesso della *vis*<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 185.

<sup>123</sup> Sui *bonae fidei iudicia* si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 313 ss.

<sup>124</sup> Essa viene menzionata e ricordata meno nelle fonti rispetto all'*actio quod metus causa*. Cfr., ad esempio, Paul. Sent. 1, 7, 2; D. 4, 2, 9, 3; C.I. 2, 19, 3; 5.

<sup>125</sup> Sul punto E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., pp. 311-312; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 167; N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 941; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 106; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 184; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 350-351; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 199; M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 834; E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., pp. 154-156. Interessante, inoltre, è quanto affermato da G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano, Giuffrè, 1965 (rist. 1990), p. 190 ss, secondo cui "... appare diversa, nel Digesto e nel Codice, la sistemazione della materia per ciò che riguarda il *metus* e il dolo. Nel Digesto, la *sedes materiae* dei due vizi del volere... sono situate subito dopo il titolo generale «*De in integrum restitutionibus*» (D. 4, 1), il che sta a dimostrare che *metus* e dolo sono considerati nel Digesto casi di *restitutio in integrum*, conformemente al disposto dell'Editto ed alla elencazione contenuta nei primi due frammenti del libro IV. Al contrario, nel Codice non si rinviene alcun titolo a carattere introduttivo, che rappresenti l'equivalente di D. 4, 1: la materia del *metus* e del dolo occupa il contenuto dei tit. XIX e XX del libro II («*De his quae vi metusve causa gesta sunt*» e «*De dolo malo*»), che si susseguono subito dopo la trattazione della *negotiorum gestio*... Quindi, se si tiene conto anche del fatto che entro i titoli sul *metus* e sul dolo nessuna costituzione parla esplicitamente di *i.i.r.*, è legittimo concludere che la *sedes materiae* dell'istituto nel Codice ha inizio solamente con il tit. XXI sulla minore età, e che da tale *sedes materiae* sembrano quindi escluse le trattazioni del *metus* e del dolo".

Generalmente la *restitutio in integrum* veniva concessa per tramite di un' *actio* con *formula ficticia*, per cui veniva imposto al giudice di considerare il fatto che, per il *ius civile*, avrebbe invece estinto il diritto su cui si fondava l'azione proposta<sup>126</sup>. Tuttavia, a partire dallo sviluppo della *cognitio extra ordinem*, il rimedio della *in integrum restitutio* veniva a scandirsi in due fasi distinte: la prima, quella del *iudicium rescindens*, in cui il magistrato annullava gli effetti dell'atto di cui si trattava; la seconda, quella del *iudicium rescissorium*, dove le domande restitutorie proposte dalla parte erano conosciute dal giudice<sup>127</sup>.

Nel periodo classico i *prudentes*, sulla base degli editti pretori e sul loro pratico adattamento, svilupparono alcuni criteri di massima inerenti ai requisiti della *vis* di cui si sarebbe dovuto tener conto nella concessione degli strumenti processuali pretori sopra elencati. Tali criteri erano i seguenti:

- a) la pressione violenta o, più correttamente, la minaccia doveva essere suscettibile di cagionare un danno considerato ingiusto e notevole (o serio) nei confronti dell'integrità fisica (oppure di altri diritti) della parte o dei suoi prossimi congiunti<sup>128</sup>;
- b) il male minacciato doveva essere di notevole rilevanza ed era necessario che esso risultasse più grave rispetto a quello derivante dalla conclusione dell'atto negoziale viziato da *metus*<sup>129</sup>;
- c) la minaccia doveva essere suscettibile di incutere *metus* in un soggetto non pusillanime, ovvero una persona non così facilmente impressionabile<sup>130</sup>;
- d) il *metus* doveva essere presente e concreto (o effettivo), non rilevando solo la presunta minaccia o il tentativo di violenza<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 350-351.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 351.

<sup>128</sup> D. 4, 2, 12, 2: *Iulianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit....*

<sup>129</sup> D. 4, 2, 5: *Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.*

<sup>130</sup> D. 4, 2, 6: *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.*

<sup>131</sup> D. 4, 2, 9 pr.: *Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit.*

I tre rimedi pretori contro la *vis* subiscono, nel periodo di Giustiniano, alcune rilevanti modifiche. Nello specifico, sembra si possa affermare con relativa sicurezza la fusione tra l'*in integrum restitutio propter metum* e l'*actio quod metus causa*, in modo tale che la vittima della violenza potesse esperire quest'unico strumento, *in simplum*, avverso qualsiasi soggetto che avesse ricavato un vantaggio dal negozio estorto *metus causa* e, *in triplum*, nei confronti del sopraffattore o autore della violenza. Dal canto suo, l'*exceptio metus* permase come rimedio a sé stante anche nel diritto giustiniano<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> In riferimento agli sviluppi giustiniane sul punto, si veda N. SCAPINI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, cit., p. 941, oppure M. BALZARINI, s.v. *Violenza (diritto romano)*, cit., p. 835.



## Capitolo II

### *Il concetto di dolo negoziale*

SOMMARIO: 1. Premessa: le definizioni di *dolus* dei giuristi romani ed evoluzione storica del concetto. – 2. Le varie manifestazioni del dolo. 2.1. *Dolus malus* e *dolus bonus*. – 2.2. *Dolus causam dans* e *dolus incidens*. – 2.3. Dolo commissivo e dolo omissivo. La reticenza. A) Caratteri generali. B) Il problema nel diritto romano.

#### **1. Premessa: le definizioni di *dolus* dei giuristi romani ed evoluzione storica del concetto<sup>133</sup>**

Il dolo, quale vizio della volontà, può essere ancor oggi definito con Labeone – riportato da Ulpiano in un celeberrimo passo del Digesto – *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* (“ogni astuzia, inganno, stratagemma (macchinazione) volti a raggirare, indurre in errore, trarre in inganno un altro soggetto”)<sup>134</sup>. Il *dolus* (*malus*, in questo

<sup>133</sup> Per il termine *dolus* si faccia riferimento all’ampia voce presente nel *TLL – Thesaurus Linguae Latinae*, Lipsiae & Munich, K.G. Saur, 2004, s.v. *Dolus* – i, I, p. 1857 ss.

<sup>134</sup> D. 4, 3, 1, 2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

Sul punto opera fondamentale è quella di A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli, Jovene, 1970, p. 9 ss., secondo il quale “Labeone non intese affatto dare di ‘*dolus malus*’ una definizione lessicologica per sinonimi o quasi-sinonimi: intese, in vece, connotare giuridicamente il ‘*dolus malus*’ mediante tre... fattispecie diverse, di cui la prima («*calliditatem... ad circumveniendum*») è la meno grave e complessa, consistendo nella mera destrezza («*calliditas*») di chi approfitti dell’errore altrui che egli non ha determinato («*circumvenire*»). La seconda («*fallaciam... ad fallendum*») già più grave, giacché consiste nel mendacio («*fallacia*») rivolto a indurre altri in errore («*fallere*»). La terza, e gravissima, consiste in una complessa manovra di fatti e di parole, in una ‘messa in scena’ («*machinatio*») rivolta a creare una illusione e far cadere nella macchinazione la controparte («*decipere*»)). Fortemente critico in riferimento a tale interpretazione è A. WACKE, *Sul concetto di ‘dolus’ nell’actio de dolo*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 28, 1977, p. 10 ss. (dell’articolo vi è anche la versione tedesca: *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité* (=RIDA), 27, 1980, p. 349 ss.).

caso), quindi, si identifica con qualsivoglia raggiro o artificio impiegato per indurre altri a consentire<sup>135</sup>; più nello specifico, esso è "... un'attività ingannatoria, in forza della quale taluno (*deceptus*) viene indotto da altri (*deceptor*) ad errare nella rappresentazione della realtà, determinandosi così alla conclusione di un contratto..."<sup>136</sup>.

La definizione di Labeone, sebbene sia la più comprensiva, non è l'unica elaborata dai giuristi romani. Infatti, lo stesso Cicerone ci informa che un suo amico personale, il giurista Aquilio Gallo, nella prima metà del I sec. a.C., inserì le *formulae de dolo* nell'editto del Pretore, sostenendo che il dolo si avesse solamente *cum esset aliud simulatum, aliud actum*<sup>137</sup>. Definizione quest'ultima di capitale

---

Quest'ultimo Autore afferma, infatti, che "asindeti di tre elementi del tipo citato si trovano abbastanza spesso nella letteratura romana e risalgono fino all'epoca arcaica. Essi si trovano sia nel linguaggio solenne della preghiera, dell'arte poetica, dell'orazione pubblica; sia in quello burocratico, amministrativo e giuridico".

Infine, per quanto riguarda le intelligentissime critiche mosse da Labeone alle definizioni di *dolus malus* di Aquilio Gallo e Servio (su cui v. *infra*, nel testo), si faccia sempre riferimento a A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4. 3. 1. 2-3*, cit., p. 95 ss. Utile per la questione è anche il contributo di G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, in *SDHI*, 52, 1986, p. 236 ss. Si veda, inoltre, M. MIGLIETTA, «Servius respondit». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana (Prolegomena I)*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2010, pp. 428-431.

<sup>135</sup> Cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 169 ss. Peraltro, l'illustre civilista molto opportunamente continua, affermando che il "... dolo non ha... soltanto un senso un senso soggettivo, come qualificazione dell'agire, ma, contemporaneamente, ha anche un senso oggettivo e materiale, comprendente l'attività stessa diretta a porre in essere i mezzi esterni ingannatori".

<sup>136</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, Padova, Cedam, 2001, p. 45 ss. Alla stessa maniera E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 457 ss.; A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, in *NNDI*, 6, 1960, pp. 149-155; C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, in *EdD*, 13, 1964, pp. 738-750; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Milano, Giuffrè, 1987, 21, tomo primo, p. 458 ss.; U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *RDC*, 1999, I, p. 373 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 663 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., p. 224 ss; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 325 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 759 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 128 ss.

Magistrale, in ambito romanistico, è l'interpretazione di E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 180, il quale individua 4 specifici elementi caratterizzanti il dolo: *scientia atque prudentia*, ovvero "... la riflessione e la cognizione... dell'attività fraudolenta da parte dell'agente..."; *propositum atque consilium*, cioè "... la volizione... e la... risoluzione di compiere quella determinata attività, espressamente diretta a indurre o a mantenere in errore altri per il proprio vantaggio".

<sup>137</sup> Cic., *De off.* 3, 14, 58-60: *Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset.*

*Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratos, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius: opipare a Pythio apparatus convivium, cymbarum ante oculos multitudo, pro se quisque quod ceperat adferebat, ante pedes Pythii pisces abiiciebantur. Tum Canius 'Quaeso' inquit, 'quid est hoc, Pythi? Tantumne piscium? Tantumne cymbarum?' Et ille 'Quid mirum?' inquit: 'hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic acquatio, hac villa isti carere non possunt'. Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? Impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. 'Nullae quod sciam', inquit, 'sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset'. Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum. In quest'episodio si racconta di un cavaliere romano, un certo Canio, il quale acquistò una villa sul litorale di Siracusa, comperandola da un banchiere (argentarius) del luogo a un prezzo spropositato, in quanto venne da quest'ultimo ingannato, attraverso una fantastica messinscena, sull'effettiva pescosità di quella parte di litorale. Accortosi del raggirio troppo tardi, non poté farci nulla. Infatti, a quel tempo, Aquilio non aveva ancora introdotto le *formulae de dolo* nell'editto pretorio. Su questo episodio si veda, da ultimo, L. FRANCHINI, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (per una rilettura di Cicerone, De officiis, 3.14.58-60)*, in A. PALMA (cur.), *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, Giappichelli, 2013, p. 368 ss.*

Cfr. anche Cic., *De nat. deor.* 3, 30, 74: ... *Inde illa actio ope consilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.* Limitatamente al *De officiis*, si veda in particolare l'opera di R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, Jovene, 2011, *passim*.

Su Aquilio Gallo non tutti gli studiosi sono in accordo, soprattutto per quanto riguarda l'anno di introduzione delle *formulae de dolo* da parte sua. Così, pensano al 66 a.C., A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 193; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano, Giuffrè, rist. inalterata, 1972; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 673; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, Giuffrè, 1973, p. 135; G. MACCORMACK, 'Dolus' in *Republican Law*, in *BIDR*, 88, 1985, p. 1 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2011<sup>2</sup>, p. 552 ss. Non prende posizione sul punto P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 399 ss. Totalmente diversa è l'interpretazione di G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)* – a) *Civile*, in *EdD*, 13, 1964, pp. 712-716. Egli, infatti, afferma che Aquilio Gallo introdusse, in qualità di pretore (carica, peraltro, che non viene discussa dagli Autori citati in precedenza), le *formulae de dolo* nel 96 a.C., cioè ben 30 anni prima rispetto a quanto detto *supra*. Tuttavia, sembra che, proprio in quel periodo, una tutela contro il dolo fosse prevista dall'editto provinciale di Quinto Mucio Scevola, proconsole in Asia nel 94 (forse 97) a.C. (Cic., *Ad Att.* 6, 1, 15: *ea res agatur, extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oportet ex fide bona*); sul punto, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 237. Invece, secondo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, Cedam, 1937, p. 65, Aquilio Gallo fu *praetor peregrinus* nell'anno 668 a.U. (cfr. Cic., *Pro Cluentio*, 53: *quid mea [quaestio] de pecuniis repetundis? Qui C. Aquilii, apud quem nunc de ambitu causa dicitur?*). Sulla presente *vexata quaestio* gli studiosi tendono ora a seguire le notevoli osservazioni di F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'«actio de dolo»*, in *Labeo*, 41, 1995, pp. 247-250 (poi ripetute in ID., *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino,

importanza, ma troppo riduttiva del concetto di *dolus malus*, poiché, sulla base di essa, il rilievo giuridico della condotta dolosa veniva circoscritto alle ipotesi in cui il *deceptor*, esprimendosi in un modo e agendo in modo diverso, avesse posto l'ingannato di fronte a un'apparenza ingannevole<sup>138</sup>.

Come noto, per quanto ancora agli albori, attraverso l'intervento di Aquilio la tutela concessa dal *ius honorarium* nei casi di *dolus malus* diveniva una delle poche possibili. Il *ius civile*, invero, non conferiva alcuna protezione nei riguardi del soggetto il cui consenso venisse carpito attraverso artifici o raggiri. Poiché anche in questi casi la volontà negoziale era certamente presente, il negozio era ugualmente valido e produttivo di effetti<sup>139</sup>.

Non così in ambito di *bonae fidei iudicia* e di rapporti a essi assoggettati. In quest'ultimo caso, come già accennato in merito alla violenza, il giudice deteneva poteri maggiori e più ampi che gli permettevano di valutare il dolo sulla base dell'*oportere ex fide bona*, senza, cioè, che fosse necessario esperire l'apposita *exceptio* su istanza di parte. Il soggetto, quindi, se convenuto in giudizio per l'adempimento della prestazione, non poteva che essere assolto, essendo il dolo

---

Giappichelli, 2000, p. 29 e nt. 20), secondo il quale, sulla base di Cic., *De nat. deor.* 3, 30, 74, l'introduzione dell'*actio de dolo* da parte di Aquilio sarebbe da datarsi prima del 77 o 76 a.C. Da ultimo si veda, con ampi richiami di dottrina, A. TRIGGIANO, «Conlega et familiaris meus»: *note minime su Cicerone e Aquilio Gallo*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 38, 2010, p. 382 ss.

Per quanto riguarda l'espressione *formulae de dolo*, si faccia riferimento alle puntuali osservazioni di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., pp. 128-129, nt. 1, e di A. BURDESE, s.v. "Exceptio doli" (*diritto romano*), in *NNDI*, 6, 1960, pp. 1072-1074, nonché, da ultimo a A. TRIGGIANO, «Conlega et familiaris meus»: *note minime su Cicerone e Aquilio Gallo*, cit., pp. 383-384, nt. 67 (con ampia rassegna della letteratura precedente).

<sup>138</sup> Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 385-386, nt. 24.5. Interessanti le osservazioni, a proposito dell'ambiguità di tale definizione, proposte da A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Egesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 71 ss.

<sup>139</sup> Cfr. F. CASAVOLA, s.v. *Dolo (diritto romano)*, in *NNDI*, 6, 1960, pp. 147-149. La tematica del *dolus malus* è, almeno in parte, avvicinabile a quella dell'errore, in quanto il dolo comporta sempre induzione in errore (falsa rappresentazione della realtà) del *deceptus*. Ora – usando le parole di un illustre romanista –, si può affermare che "se... l'errore (provocato o meno dal dolo) è tale da determinare la nullità del negozio, questo è nullo di per sé; se, invece, l'errore non influisce sulla validità dell'atto, questo rimane valido, indipendentemente dal dolo che lo ha determinato. Nell'un caso come nell'altro, la dimostrazione del dolo è irrilevante agli effetti della validità del negozio per il *ius civile*" (G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 715).



totalmente incompatibile con il concetto di buona fede su cui tali *iudicia* si fondavano<sup>140</sup>.

Inoltre, le parti potevano garantirsi contro il *dolus malus* direttamente in ambito contrattuale, inserendo nell'atto negoziale la c.d. *clausula doli*, una promessa sotto forma di *stipulatio* con cui i soggetti si obbligavano a non comportarsi dolosamente, sia nel momento presente sia in futuro (*dolum malum abesse afuturumque esse*)<sup>141</sup>.

Il pensiero di Aquilio Gallo trova riscontro anche nella successiva interpretazione del giurista Servio Sulpicio Rufo, secondo il quale il *dolus malus* non è altro che una *machinatio... alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*<sup>142</sup>. Servio, in questo caso, oltre a tenere fermo l'elemento della

---

<sup>140</sup> Così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 189 ss. Similmente E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 182-183; G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* (=AUPA), 26 (1957), p. 24 ss.; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 695 ss. Sui *bonae fidei iudicia* in generale si faccia riferimento a M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 313 ss.

<sup>141</sup> Si veda, per tutti, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 215, oppure A. VITA, s.v. *Dolo (diritto romano e diritto moderno)*, in *Nuovo Digesto Italiano* (=NDI), 5, 1938, pp. 141-149. Più nello specifico, fondamentale H. COING, *Die clausula doli im klassischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar, Böhlau, 1951, pp. 97-123, nonché D. NÖRR, 'Exceptio doli' und 'clausula doli', in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 363 ss.

<sup>142</sup> Ottimi gli spunti critici di A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 77 ss., secondo cui sono da rigettare completamente le critiche mosse da vari studiosi al periodo *machinationem... causa*, tanto da espungerlo dalla definizione. Egli adduce vari argomenti a sostegno della sua tesi, tra cui il fatto che Servio cercò di perfezionare la definizione ambigua data da Aquilio Gallo al concetto di *dolus malus*. Infatti, se, nel linguaggio comune, il primo significato del verbo *simulare* – che si trova in *aliud simulatur aliud agitur* – è “dar forma esteriore” o “raffigurare”, nella proposizione serviana non è dubitabile che esso sia inteso secondo il suo significato traslato, quello di *mentire* o *machinari* (“dire” o “rappresentare il falso”). Servio, con l'aggiunta, in questo caso, di *machinationem... causa*, ha voluto dire sicuramente qualcosa di più e rendere la *definitio* quantomeno più precisa. Alla stessa maniera, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA, 28, 1961, p. 308 ss., nt. 195, secondo il quale “Servio è una personalità troppo grande perché si possa, senza prove, negare l'acuta integrazione – risultante dalla sua definizione in D. 4, 3, 1, 2 – al sommario e vago modo di esprimersi di Aquilio Gallo”. *Contra*, invece, C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., pp. 679-680, nt. 15, a cui sembra che Servio, con la sua aggiunta alla definizione aquiliana, “... non... l'abbia fatta molto progredire (lo farà Labeone)”. Come quest'ultimo anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 385, nt. 24.5.

In aggiunta lo stesso Carcaterra ci indica due ulteriori pregi della definizione serviana: il primo, davvero fondamentale, è aver sottolineato l'aspetto della causalità fra il comportamento del raggiratore e la *deceptio* del raggirato; mentre, il secondo non è altro che il collegamento, peraltro non diretto, al concetto di *damnum* derivante dalla *machinatio alterius decipiendi causa*. Contrario, rispetto a quest'ultimo punto, è A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 172, secondo cui la “intenzione di danneggiare” non deve annoverarsi tra i connotati del dolo-vizio.

simulazione, ne aggiunge uno ulteriore, ovvero quello della macchinazione o dello stratagemma finalizzato all'inganno, aprendo così la strada alla più completa definizione data in seguito da Labeone<sup>143</sup>.

In età imperiale la definizione di Aquilio Gallo, conservata e ampliata da Servio, viene ripresa anche dal giurista Sesto Pedio, ricordato da Ulpiano in:

D. 2, 14, 7, 9 (Ulp. 4 ed ed.): *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. Dolus malus fit calliditate et fallacia: (et) ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur*<sup>144</sup>.

Come si comprende dal tenore del passo, non risulta difficile trovare le similitudini tra le *definitio* di Pedio e le precedenti di Aquilio e Servio. Essa, infatti, sembra una commistione di entrambe, in quanto, ad esempio, il *simulatur* aquiliano viene ripreso, ma con l'aggiunta di *agi*, nonché al verbo *decipere* serviano si sostituisce il *circumscribere*, il quale ne è “quasi sinonimo”, come ritiene il Carcaterra, soggiungendo che “... Pedio... ha inteso definire il dolo più che come «*machinatio... decipiendi causa*», come un ‘*circumscribere*’, e ciò perché, evidentemente, egli intese ricondurre sotto l'*actio de dolo* e sotto il concetto di *dolus malus* anche i casi di ‘*circumscriptiones*’ analoghi a quella della *lex Plaetoria*”<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Sull'argomento si veda anche il lungo saggio di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, Cedam, 2003, p. 1 ss., in particolare p. 152, nt. 422.

<sup>144</sup> Sul testo cfr. A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 88 ss.; G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 31 ss., nonché il recente commento di G. SANTUCCI, *Verba edicti e definitiones: Labeone e Pedio nel commento ulpiano de pactis*, in *AUPA*, 59, 2016, pp. 101-110.

<sup>145</sup> A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 84 ss.

## 2. Le varie manifestazioni del dolo

### 2.1. *Dolus malus* e *dolus bonus*

Se il *dolus malus*, come detto in precedenza, non è altro che quel comportamento, non conforme a buona fede, tenuto da una parte nei confronti dell'altra al fine di ingannarla e di indurla in errore circa la conclusione di un atto di autonomia privata, allora, sulla base di un semplice ragionamento *e contrario*, si può affermare che il *dolus bonus* consiste in quell'atteggiamento di per sé lecito, nei confronti del quale l'ordinamento giuridico non ha la necessità di erigere la propria giurisdizione o, meglio ancora, il "raggirato" non deve (o non dovrebbe) rivolgersi all'organo giurisdizionale competente, in quanto vero e proprio "raggirato" non è. Egli, infatti, è solamente "vittima" o soggetto passivo del c.d. *dolus bonus*, consistente nelle millanterie circa le qualità del proprio bene o della propria abilità negoziale, le quali possono occasionalmente accompagnare l'offerta di un bene o di una attività<sup>146</sup>.

In materia di *dolus bonus* risulta ugualmente utile partire da D. 4, 3, 1, 2, dato che Ulpiano, riportando il pensiero di Labeone, tramanda anche la critica del giurista augusteo alle precedenti definizioni di *dolus malus* di Aquilio Gallo e di

---

<sup>146</sup> Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 331. Alla stessa maniera C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., pp. 666-667. Utilizzano, invece, differente terminologia, ma con significato analogo, C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 746, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 386, e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 129. Per ulteriore bibliografia si faccia riferimento a F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 142 ss.

In questo ambito, per quanto riguarda l'attuale diritto civile, si tiene conto solo dell'atteggiamento dell'uomo di "media (o normale) avvedutezza", ossia del soggetto non sprovveduto o credulone, presumendosi che egli non possa mai credere (e, quindi, ritenere corrispondenti a verità) a esagerate o straordinarie millanterie riguardanti beni o altre cose che gli vengano così "abilmente" propinate. Di conseguenza, nessun soggetto potrà chiedere l'annullamento del contratto a causa di *dolus bonus* (cfr., sul punto, C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 746, nt. 46, oppure F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 331). Non è d'accordo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 767-768, secondo cui il principio sulla base del quale il dolo è rilevante solamente nel caso in cui i mezzi fraudolenti siano in grado di trarre in inganno un soggetto di media avvedutezza, ma non quando essi non abbiano tale carattere di idoneità (ed ingannino, in questo caso, solo il soggetto che tale avvedutezza non possiede), non può essere condiviso. L'illustre civilista, infatti, afferma che "esso contrasta frontalmente con la ratio della regola che, nel fissare i requisiti di rilevanza dell'errore, non contempla fra essi la scusabilità. Non si vede perché dovrebbe ricevere tutela chi cade spontaneamente in errore per propria deficienza, e non riceverla chi per propria deficienza cade nell'inganno altrui...".

Servio. Più specificamente, il grande giurista dell'età augustea si scontra fortemente con l'espressione *aliud simulatur aliud agitur* (facente parte di entrambe le *definitiones* dei giuristi appena citati), anche se, conservando una parte della definizione serviana (*machinationem quandam alterius decipiendi causa*), dimostra la sua volontà di non rigettarla *in toto*<sup>147</sup>.

Da altri punti di vista, tuttavia, il vaglio critico labeoniano risulta davvero serrato. In particolare, la prima critica che egli muove alla definizione aquiliana è racchiusa nel periodo *posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat* e, soprattutto, nell'espressione *sine simulatione*. Queste ultime due parole non trovano altra interpretazione se non nel contrario di *simulatio*, cioè *dissimulatio*, che, in prima battuta, significa “dissimulazione” od “occultamento”; ma, nel nostro caso, *dissimulare* è far finta di ignorare o tacere ciò che si conosce<sup>148</sup>. In questa maniera Labeone riesce seriamente a dimostrare come la definizione data da Aquilio Gallo (e poi ripresa da Servio) al *dolus malus* sia monca, in quanto, interpretando quest'ultimo solamente come *simulatio*, si fa in modo che vengano esclusi “... tutti quei casi in cui invece di dire (*fallacia*) o fare (*machinatio*) qualche cosa, non si fa nulla, si tace, quando si avrebbe il dovere giuridico di dire, dichiarare qualche cosa”<sup>149</sup>; di conseguenza, può sussistere un *dolus malus* anche qualora non sia posta in essere una *simulatio*, bensì una *dissimulatio*<sup>150</sup>.

La seconda critica proposta da Labeone nei confronti della definizione di Aquilio e Servio sta nella seguente frase: *posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari*. Nello specifico, le tre parole *sine dolo malo* non possono che essere intese con il loro contrario, ossia con *dolus bonus*. Anche il Maschi, dal canto suo, afferma che Labeone intende circoscrivere il concetto di *dolus bonus* in rapporto a quello di *dolus malus*, ed è proprio questo il punto in cui l'antica nozione di *dolus malus* (da

<sup>147</sup> Così A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, p. 101 ss.

<sup>148</sup> *Ivi*, p. 102. Cfr. anche Cic., *De off.* 1, 105.

<sup>149</sup> Così A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 103 ss.

<sup>150</sup> Cfr. D. 18, 1, 43, 2: *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet; qui [scil. dolus] non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam <in eo> qui insidiose obscure dissimulat*. Su quest'ultimo passo si veda, ad esempio, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 309.

Aquilio e Servio definita con le parole *aliud simulatur, aliud agitur*) risulta monca: si può simulare anche senza integrare gli estremi del *dolus malus*<sup>151</sup>.

Il periodo *posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari* deve essere però letto in connessione con quello che lo segue, ovvero con *sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena*. Molti romanisti considerano tale proposizione come non genuina, soprattutto con riferimento al congiuntivo *deserviant*. Ora, il congiuntivo in questa frase non ha assolutamente alcun fondamento, sia perché il collegamento è, mediante la congiunzione *et*, con *tuentur*, all'indicativo, nonché il verbo stesso, *deservire*, deve accompagnarsi ad un complemento al dativo<sup>152</sup>. Il rimedio forse più elegante a questo inconveniente è stato proposto, all'inizio del '900, da Vittorio Scialoja, secondo il quale doveva sostituirsi *deserviant* con *se servant*. L'illustre romanista affermava, a questo proposito, che il *se servant* "ci dà il miglior senso del passo, perché certamente in esso si tratta di persona, la quale mediante utile e non riprovevole dissimulazione scampa dal pericolo anzitutto sé e insieme poi le cose proprie e altrui. Altrimenti non sarebbe nel testo menzionato appunto lo scopo principale del dolo buono, che è quello di salvare la propria vita e integrità personale"<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Cfr. C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 676 ss., il quale si spinge ancora più oltre, dicendo che Labeone non si sarebbe fermato alle parole *posse-simulari*, ma avrebbe approfondito la tematica del *dolus bonus* quanto almeno quella del *dolus malus*. Segue l'interpretazione del Maschi anche A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 106 ss.

<sup>152</sup> C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 677; A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 109 ss.

<sup>153</sup> V. SCIALOJA, *Sulla L. I § 2 Dig. De dolo malo*, 4, 3, in *Studi giuridici (Diritto romano)*, II, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934, p. 217 (precedentemente in *Rend. Acc. Lincei*, 1903, p. 293). Ritiene corretta tale interpretazione A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 109, sostenendo che "... spesso gli amanuensi... compiono errori plurimi in una sola parola. E qui è avvenuto che un amanuense (o due, successivamente l'uno all'altro) abbiano fuso «*se servant*»; abbiano trascritto il primo 's' con un 'd'... e abbiano aggiunto (errore materiale anch'esso), un 'i' dopo 'u'. In tal modo «*se servant*» è diventato «*deserviant*». È ciò che tante volte si riscontra nei Ms antichi. Il «*se servant*» è totalmente corretto, ed è coerente, per essere all'indicativo, col «*tuentur*»". Non la pensa in questo modo C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 677, secondo il quale "... non si rimedia a ciò col sostituire, come propone Scialoja, *se servant* a *deserviant*. A parte altre considerazioni, perché il verbo dovrebbe specificare l'azione, l'*agi*, mediante la quale taluno mette in atto quella accortezza, lecita, con cui *tuentur vel sua vel aliena*, e non dovrebbe essere una mera tautologia, una ripetizione del concetto, che è già racchiuso nel *tuentur*".

Così, anche solo attenendoci al significato letterale della proposizione *deserviant <se servant> et tuentur vel sua vel aliena* (“si mettono in salvo (da un *aliquid* o da un pericolo) e salvaguardano le loro cose o quelle altrui”), si deve osservare che si è di fronte a un comportamento lecito per il diritto positivo<sup>154</sup>, confermando così il senso dato alla espressione, citata in precedenza, *posse et sine dolo malo*, da intendersi inerente al *dolus bonus*.

Dopo aver riportato la definizione labeoniana di *dolus malus*, Ulpiano continua la sua trattazione sostenendo che *Labeonis definitio vera est*, affermazione che, a prima vista, sembra un giudizio dato a priori, non avente alcun bisogno di confutazione al fine di renderlo maggiormente credibile o meno<sup>155</sup>. Ma così non è. Tale espressione, infatti, non rappresenta altro che la connessione o il nesso tra se medesima e il passo che viene dopo, cioè:

D. 4, 3, 1, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

Ora, *autem* è, in primo luogo, una congiunzione che solitamente ha valore di debole antitesi tra due elementi e può tradursi con “però”, “mentre”, “d’altra parte”<sup>156</sup>; in secondo luogo, invece, può venire utilizzata con valore avversativo, nel senso di “ma”<sup>157</sup>. Tuttavia, come dimostra a ragione il Carcaterra, nel nostro caso *autem* è intesa in senso “esplicativo”, allo stesso modo di *nam* o *enim*: in questa maniera, “... Labeone intende opporre a Servio e ad A. Gallo che la loro definizione

---

<sup>154</sup> A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Egesi di D. 4. 3. I. 2-3*, cit., p. 111 ss.

<sup>155</sup> Sul concetto di *veritas* nel diritto romano si faccia riferimento a F. GALLO, *La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in A. TRISCIUOGGIO (cur.), *Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 83 ss.; M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *SC*, 25, 2012, pp. 187-243 (in particolare, pp. 230-233).

<sup>156</sup> Cfr. Caes., *De bello Gallico*, 4, 10, 1: *Mosa profluit ex monte Vosego... Rhenus autem oritur ex Lepontiis*.

<sup>157</sup> Cfr. Cic., *Fam.* 16, 22, 1: *ipse nihil scribo, lego autem libentissime*.

è inep(-)ta [*rectius* non è all'altezza], giacché porta a non distinguere *dolus bonus* da *dolus malus*"<sup>158</sup>.

Nell'esegesi di D. 4, 3, 1, 3 il primo termine da mettere in luce è *sollertia*, ossia quell'astuzia o furberia che non eccede il grado di attenzione che si dovrebbe prestare nella conclusione degli affari, e che non produce conseguenze giuridiche<sup>159</sup>. Così, nella proposizione successiva (*maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*), il grandissimo giurista dell'età dei Severi ricorda due esempi (probabilmente i più celebri) di *dolus bonus* o, che dir si voglia, appunto, di *sollertia*. Quest'ultima, nel caso specifico, è ritenuta apprezzabile e meritoria se esercitata allo scopo di difendersi da nemici o briganti<sup>160</sup>.

Il termine *hostis* può essere considerato in due modi diverse: il primo, nel senso di *hostis publicus*, ossia di nemico pubblico o dello Stato; il secondo, nel senso di nemico di guerra. L'*hostis publicus* non è titolare di alcun diritto, in quanto è un "fuori legge" e "... nei suoi confronti è sospesa l'efficacia di ogni norma favorevole"<sup>161</sup>; di conseguenza, se ci si comporta con *dolus bonus* nei suoi confronti, tale fatto non sarà sicuramente riprovato dal diritto, in quanto egli non ha la possibilità di garantirsi mediante l'*actio de dolo* e, ancor meno, di paralizzare l'azione proposta dall'attore attraverso l'*exceptio doli*, poiché non è nemmeno

---

<sup>158</sup> A. CARCATERA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4. 3. 1. 2-3*, cit., pp. 112-114. Inaccettabile, a questo punto, è l'interpretazione che dà G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 714, secondo il quale è "... da escludere, tranne in qualche eccezione, una contrapposizione, anche implicita, tra il *dolus malus* e il *dolus bonus*".

<sup>159</sup> Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 214. Alla stessa maniera C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 675. Non del tutto conforme, invece, è l'interpretazione di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., pp. 171-172; ID., s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 151. Il grande civilista veronese sostiene, infatti, che "per diritto romano nel *dolus bonus* si comprendono due cose diverse... Una cosa è la *sollertia*, cioè quel complesso di accorgimenti che sono tollerati nella pratica degli affari, e altra cosa è la *machinatio* sia pure intesa allo scopo di salvare la cosa propria". Riprende la spiegazione data dal Trabucchi anche G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 29 ss., ritenendo, inoltre, che la distinzione tra le due fattispecie "... sta nella natura dell'elemento soggettivo o intenzionale dell'agente. Nella *sollertia*, infatti, l'attività ingannatoria non è determinata da un proposito pravo e, quindi, almeno secondo la intenzione del *deceptor*, non è tesa a una insidia alla buona fede altrui... Nella *machinatio*, invece, oltre all'astuzia ed allo stratagemma vi è anche un effettivo inganno, che però è ammesso e giustificato in quanto ha un valore di ritorsione alla furberia ed alla illiceità e non di offesa alla credulità altrui".

<sup>160</sup> Cfr. F. CASAVOLA, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 148.

<sup>161</sup> Così A. CARCATERA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 195 ss.

immaginabile un'azione *contra eum*. Per quanto riguarda il nemico di guerra, invece, si intende la città, lo Stato o il popolo contro cui i romani sono in guerra. Il dolo, in questi casi, viene sì stigmatizzato qualora sfoci nella codardia<sup>162</sup>; ma, allo stesso tempo, è riconosciuto il fatto che i comportamenti ingannatori rientrano nella normalità quando si combatte.

Infine, vengono presi in considerazione da Ulpiano i *latrones*, ovvero i briganti o predoni di strada, i quali compiono atti illeciti e, senza alcun dubbio, è ammesso l'utilizzo, da parte del *vir romanus*, del *dolus bonus* nei loro confronti.

Anche altri due passi latini sono considerati espressione di *dolus bonus*: il primo è un brano di Pomponio, riportato da Ulpiano in:

D. 4, 4, 16, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

Il secondo, invece, è un passo di Paolo, inserito in:

D. 19, 2, 22, 3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

In entrambi i casi sono da valutare come lecite le rispettive *circumventiones* – integranti, quindi, fattispecie di *dolus bonus* – perpetrate dalle parti, nel primo caso in riferimento a un contratto di compravendita, nel secondo a un contratto di locazione<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> *Ivi*, p. 197.

<sup>163</sup> Sul punto G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 32 ss.; G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 714; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 677 ss.; A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Egesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 201 ss. Eleganti sono le osservazioni che quest'ultimo Autore propone in riferimento ai passi citati sopra nel testo, affermando: «Non v'è dubbio che *'naturaliter'* significa «conformemente alla natura di...». Ed essendo un avverbio, non da altro termine è possibile sapere di quale *'natura'* si parla, se non da quello cui l'avverbio è connesso. Nel nostro caso, Pomponio dice «*naturaliter licere*» e Paolo



Infine, per concludere sulla distinzione tra *dolus malus* e *dolus bonus*, è utile tenere presente come parte della dottrina romanistica (ma anche civilistica) novecentesca ritenga come tale criterio discretivo – e qui si mutua quanto affermato con grande efficacia dal Betti – debba desumersi “... dalle idee dominanti in una data società (la società romana) nella pratica del comune commercio. Esso è quindi... il risultato di una valutazione storicamente contingente e variabile. Alla sua stregua sono da qualificare lecite quelle furberie, malizie e lusinghe, che la comune opinione tollera siccome innocue e naturali nel traffico, perché ogni offerente in eguali condizioni le suole adoperare, e d’altro canto ogni oculato acquirente, conoscendone la pratica, è premunito dal prestarvi cieca fede e, nel risolversi all’acquisto, tiene di esse quel conto relativo, che solo possono meritare”<sup>164</sup>.

---

«*naturaliter concessum est*». Ora, è certo che ‘*licere*’ ha, nel linguaggio giuridico, un suo preciso significato: è ciò che il diritto positivo permette, e che può, anzi, opporsi all’*honestum* dell’etica e della società... Ed è certo che il «*concessum est*» di Paolo ha lo stesso valore”. Egli, molto opportunamente, aggiunge che “... i due testi in esame non hanno altro elemento discretivo che l’*invicem*»... Dunque i due passi vanno intesi così: “è lecito/concesso *naturaliter* (conformemente, cioè, al *licere* e al *concessum*, allo *ius*) che le parti si abbindolino *invicem*”. Tutto sta a vedere, adesso, se è vero che questo «*invicem se circumscribere/circumvenire*» sia ‘*concessum*’ o sia lecito in conformità del diritto positivo. E lo è. Infatti, il diritto positivo ha una norma di carattere generale... insita connaturalmente (*naturaliter*) al diritto... «è consentito dal diritto opporre atto illecito (*vis*; *metus*; *damnum*; *iniuria*, ecc.) ad atto illecito”.

<sup>164</sup> Così E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 308; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 164; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 458-459. Alla stessa maniera A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., *passim*; ID., s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 149 ss.; G. CRISCUOLI, *Il criterio discretivo tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 37, nt. 73; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 678, in particolare nt. 13. *Contra*, peraltro con solide ed eleganti argomentazioni, A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, cit., p. 179 ss., secondo il quale “se il termine ‘*dolus*’ rinviasse al comune modo di sentire, e per ciò anche al comune significato che esso aveva nella lingua parlata, chiunque avrebbe compreso il valore semantico delle parole del pretore: «*quae dolo malo facta esse dicentur...*» (D. 4, 3, 1 pr.), e non si spiegherebbe l’acanzito impegno dei giuristi per definire quel termine. Non si spiegherebbe perché Gallo lo definì. Nè si spiegherebbe perché gli amici e colleghi lo pregassero di precisare meglio. Nè vi sarebbe stato ragione che Servio, suo discepolo, vi avesse fatte delle aggiunte. Anche più: Labeone criticò aspramente Aquilio e Servio. E non solo non chiese aiuto all’uso corrente linguistico, al comune modo di giudicare, quanto oppose argomentazioni di natura schiettamente giuridica. Alla fine gettò a mare la definizione aquiliana, e ne dette una sua propria. In fine, decisivo per nostro assunto, è il fatto che ‘*dolus malus*’, come concepito dal diritto, non coincide (almeno del tutto) con il concetto che di ‘*dolus*’ si ha nella società”.

## 2.2. *Dolus causam dans e dolus incidens*

Suddetta distinzione, fondamentale ai fini di quanto interesserà dire, non ha riguardo né alla qualificazione dell'attività ingannatoria né all'intensità dei raggiri. Il concetto di dolo non è, sotto questo profilo, duplicabile: esso è e rimane unico nella sua sostanza. Ciò che invece muta – come abitualmente si afferma – è la direzione dell'inganno<sup>165</sup>. Da un lato, il dolo viene detto *causam dans* (determinante, cioè, del consenso) quando il raggirato consente all'atto negoziale che, in realtà, non avrebbe concluso nell'ipotesi in cui la condotta ingannatoria, perpetrata dal *deceptor* nei suoi confronti, non avesse avuto luogo. Dall'altro lato, il dolo viene configurato come *incidens* (incidente o, meno frequentemente, incidentale) quando il soggetto ingannato avrebbe comunque stipulato il contratto, ma a condizioni diverse e meno gravose rispetto a quelle a cui ha effettivamente, sulla base di artifici o raggiri, consentito<sup>166</sup>. Il punto di vista fondamentale, in entrambi i casi, è quello del soggetto raggirato, al quale compete la scelta di invocare l'azione di annullamento del contratto (*ex art. 1439 c.c.*) o l'azione di danni (*ex art. 1440 c.c.*), in ragione – per dirla con il dalla Massara – dell'efficienza causale del dolo<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Così M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, Giappichelli, 1995, p. 129 (estratto di tale contributo è *Origine e vicende della distinzione tra dolus causam dans e dolus incidens*, in *Annali dell'Università di Ferrara (=AUFE) - Sez. sc. giur.*, 10, 1996).

<sup>166</sup> Per tale fondamentale distinzione (in ambito romanistico) si veda, ad esempio, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 318-320; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, rist. corretta 1987, p. 80; E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 307; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 164; A. VITA, s.v. *Dolo (diritto romano e diritto moderno)*, cit., p. 143; F. CASAVOLA, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 148; G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 714; B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, in *Scritti giuridici*, 3, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 301-303 (precedentemente in *Dir. comm.* 2, 1912, p. 13 ss.); ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 216; P. VOGLI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 399; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 145; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 197-198.

<sup>167</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, Cedam, 2011, p. 617 (lo stesso contributo, questa volta dal titolo *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente* è pubblicato anche in L. GAROFALO (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 313).

La distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*, tuttavia, non sembra aver alcun collegamento diretto con le fonti giuridiche romane. Il pretore considerava il dolo quale delitto privato<sup>168</sup>, contro il cui autore poteva esperirsi il rimedio processuale dell'*actio de dolo*, che altro non era che un'azione – almeno inizialmente – penale, diretta cioè a sanzionare il *deceptor* mediante una pena pecuniaria (avente come parametro l'*id quod interest*<sup>169</sup>), e non già all'annullamento del contratto.

Ebbene, considerata brevemente tale caratteristica dell'*actio de dolo*, nel diritto romano classico non risulta facile giustificare il dolo nella sua natura di vizio della volontà negoziale, e, proprio in ragione di ciò, anche la relativa distinzione tra dolo determinante e dolo incidente non parrebbe avere alcuna ragion d'essere in quest'ordinamento<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 214-215.

<sup>169</sup> Sui caratteri generali dell'*actio de dolo* si veda, ad esempio, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 181-182; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 237 ss.

<sup>170</sup> Ordinamento che per M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., pp. 36-37, era "... improntato a un rigido formalismo, attento piuttosto a reprimere la condotta illecita dell'autore del raggirio, attraverso la riparazione del torto subito, che ad apprestare rimedi a tutela della libera formazione della volontà della vittima". Sul punto sono utili anche le osservazioni di U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 18, secondo il quale "... il *dolus malus* e il *metus* sono riguardati dall'ordinamento romano del periodo classico come fatti illeciti, non mai come vizi della volontà o come elementi afferenti al contenuto psicologico dell'atto. *Dolus malus* e *metus* non incidono sulla validità del negozio, che si pone unicamente come contesto rivelatore della loro illiceità"; inoltre, a p. 453, "... la qualificazione di illiceità... segnava un insuperabile limite dogmatico a una costruzione del *dolus* e del *metus* come vizi della volontà". Magistrale, sul punto, è la spiegazione di E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 225 ss., secondo cui "... la violenza e il dolo non vengono affatto concepiti come vizi della volontà che infirmo la intrinseca validità del negozio stesso, ma come atti illeciti, che non danno luogo se non ad azioni pretorie di riparazione e ad altri mezzi di difesa, i quali attaccano il negozio dal di fuori e tendono solo a neutralizzare gli effetti sul terreno del diritto pretorio...". Lo stesso Autore precisa ulteriormente i contenuti di quest'ultima affermazione, sostenendo come la risoluzione del "problema pratico" da parte del pretore attraverso l'introduzione degli strumenti contro il dolo, la violenza e l'errore, debba interpretarsi in maniera non contraria rispetto alla risoluzione del "problema pratico", questa volta da parte del diritto moderno, mediante l'annullamento del contratto per vizio della volontà. A proposito anche G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 47 ss., B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, cit., p. 302, e M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 11 nt. 1. Tuttavia, secondo G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 714, i due diversi aspetti del *dolus causam dans* e del *dolus incidens* compaiono nella casistica giurisprudenziale (cfr., ad esempio, D. 17, 2, 3, 3; 18, 1, 43, 2; 19, 1, 13, 4).

È soltanto con l'opera dei Glossatori, in età medievale, che si costruiranno le basi per una vera e propria distinzione, fondamentale per noi moderni, tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*, basata su alcuni passi della Grande Compilazione<sup>171</sup>.

Ad ogni modo, sulla questione – peraltro molto complessa – si tornerà più avanti, nell'ambito dell'esegesi di un testo particolarmente rilevante sull'argomento, D. 4, 3, 7 pr.<sup>172</sup>.

### 2.3. Dolo commissivo e dolo omissivo. La reticenza

#### A) Caratteri generali

Se il dolo c.d. *commissivo* consiste negli artifici o raggiri posti in essere da un soggetto, attraverso mezzi o strumenti positivi (qual è, ad esempio, la *machinatio*), con l'intento di trarre in inganno qualcun altro per farlo consentire a un atto di autonomia privata, non è revocabile in dubbio che la fattispecie del dolo possa anche costituirsi sulla base "... del comportamento di un soggetto che, accingendosi a stipulare un negozio, passa sotto silenzio l'esistenza di circostanze che l'altro contraente avrebbe interesse a conoscere, *causando* un errore nella determinazione del consenso di quest'ultimo al negozio"<sup>173</sup>. In quest'ultimo caso, si è di fronte all'ipotesi del dolo c.d. *omissivo*.

In via generale si può avere dolo *omissivo* sulla base sia del silenzio<sup>174</sup> che, soprattutto, della reticenza, la quale si configura col tacere le circostanze che avrebbero potuto indurre la controparte a rinunciare alla conclusione del negozio<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> D. 4, 3, 7 pr.; 23, 3, 12, 1. Sul punto, cfr., B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, cit., p. 302, nt. 2; M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 37 ss.

<sup>172</sup> Vedi *infra*, p. 141 ss.

<sup>173</sup> G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972, p. 2.

<sup>174</sup> Il silenzio, secondo una parte della dottrina civilistica, configura invece la fattispecie del dolo c.d. *negativo*. Ovviamente, per tali Autori, il dolo *negativo* sarà cosa diversa da quello *omissivo*, derivante dalla reticenza.

<sup>175</sup> Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, Giuffrè, 2007<sup>18</sup>, p. 485.

Essi sono, quindi, mezzi del dolo *omissivo*, ma non sinonimi o termini a esso equivalenti<sup>176</sup>.

La dottrina civilistica tradizionale era dell'idea che la reticenza non rilevasse in nessun caso ai fini della fattispecie del *dolus malus*, dato che quest'ultimo poteva aversi solo sulla base di una *machinatio*, ovvero di un contegno positivo volto a ingannare la controparte del negozio<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Cfr. G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 136 ss.; F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 95 ss. *Contra* V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 764, secondo cui reticenza equivale a dolo *omissivo*.

<sup>177</sup> Così, per quanto riguarda il Codice civile vigente, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 153, secondo il quale “non basta quindi tacere, come non basta il semplice mendacio, la notizia falsa... quando non siano accompagnati e quasi avvalorati da un'opera di artificio”. Similmente V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, Cedam 1963, p. 102; C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 746, secondo cui “... non basta il mendacio (menzogna) o la mera notizia falsa... perché si abbia annullamento del negozio per dolo, se questo non sia accompagnato da un'opera di artificio o di raggiro o comunque da un comportamento in cui si concretino le malizie, astuzie, menzogne, ecc., volte a realizzare l'inganno che l'*animus* persegue”. Sul punto, cfr., G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972, pp. 1-2, nt. 1; U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptor*, cit., p. 386 ss.

Sotto la vigenza del Codice civile del 1865 la dottrina era dello stesso avviso e l'opera fondamentale era sempre di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 526 ss. L'illustre civilista veronese affermava come non vi potesse essere dolo nell'appropriare dell'errore dell'altra parte, in quanto il *dolus malus* “... non può consistere nell'appropriare di un errore, perché l'azione che si qualifica come dolosa non è la conclusione di un contratto, ma la produzione di un inganno nella controparte. La *deceptio* è anteriore al contratto, come mezzo per arrivare al consenso. In più, dirò che il non tener conto di un errore in cui si trova la controparte non può essere giudicato atto illecito, perché l'errore è – per ipotesi – insufficiente fondamento per l'annullabilità, e quindi il soggetto si giova di una situazione che non è in sé antiggiuridica” (sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 764, il quale sostiene che a una delle due parti, approfittando della falsa rappresentazione della realtà in cui l'altro soggetto è incappato, sia imputabile una condotta positiva, conseguentemente integrante la fattispecie del dolo *commissivo*; così anche R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., p. 228). Inoltre il Trabucchi parla anche di un obbligo generale di informazione tra contraenti, affermando, però: “Non si può affermare senz'altro l'esistenza di un obbligo generale, di buona fede, di informare l'altra parte contraente intorno ad ogni elemento obiettivamente influente sul contratto. Di fronte a chi afferma esservi dolo-vizio ogni qual volta una parte serbi il silenzio su di un fatto che l'altra parte avrebbe avuto interesse di conoscere, mi valgo della tradizione contraria delle fonti romane e degli stessi moralisti, in perfetta corrispondenza a criteri di realtà e di logica. *Quid tam absurdum, quam si domini iussu ita praeco praedicet: domum pestilentem vendo?* Si domanda Cicerone; e la risposta si potrebbe dare da un passo delle fonti: *dolo non eum fecisse accipimus qui non ultro instruxit emptorem sed qui decepit* (fr. 14, § 2 D. 40, 12)”. Non condividono l'opinione del Trabucchi, G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, cit., p. 136 ss., ed E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 459 ss., il quale sostiene la rilevanza della reticenza come mezzo del dolo *omissivo*, facendo riferimento a generali regole di correttezza (art. 1175 c.c.). Così facendo l'eminente romanista non si trova per niente lontano dalle posizioni dottrinali più moderne, le quali fanno perno sull'art. 1337 c.c., disciplinante un obbligo generale di informazione. Del tutto non corretta, invece, è la spiegazione di F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 89, secondo cui il Trabucchi riconosce un obbligo generale o generico di informazione nel Codice del 1865; ma, come si è poc'anzi affermato, peraltro con le parole dello stesso Trabucchi, così non è. È sicuramente una

Tale interpretazione dottrinale – per quanto autorevolmente sostenuta – non è più attualmente condivisibile, dato che il Codice civile vigente importa, all’art. 1337, il dovere, in capo ai contraenti, di comportarsi secondo buona fede nelle trattative contrattuali. Tale articolo, rubricato appunto “Trattative e responsabilità precontrattuale”, afferma che “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”. L’espressione “buona fede”, in questo particolare caso, non è intesa in senso soggettivo, come ignoranza o non conoscenza del diritto altrui, ma in senso oggettivo, ovvero come un dovere: il dovere delle parti contraenti di tenere un comportamento reciproco di lealtà e correttezza nelle trattative e nella formazione del contratto<sup>178</sup>.

I contraenti, di conseguenza, sono ovviamente tenuti, nella predisposizione delle trattative contrattuali, a un generico (o generale) obbligo di informazione l’uno nei confronti dell’altro. Quindi, entrambe le parti sono tenute a rivelare circostanze non conosciute all’altra, non integrando così la fattispecie della reticenza che indubbiamente dà luogo a dolo *omissivo*; cosa che avviene, invece, quando tali circostanze, oltre ad essere taciute, siano anche “... determinanti del [suo] consenso (tali per cui l’altra parte, sapendole, non avrebbe contrattato o avrebbe contrattato a condizioni diverse)”<sup>179</sup>.

Tra il dolo *omissivo* e il generico obbligo di informazione *ex art. 1337 c.c.* risulta quindi esservi una forte connessione, non messa adeguatamente in luce dalla dottrina precedentemente citata.

Ma vi è anche un altro motivo che consente di affermare come la tematica del dolo *omissivo* abbia una certa rilevanza nel nostro diritto civile, ed è la sua considerazione negli ordinamenti giuridici di *common law* (Gran Bretagna, Stati Uniti, ecc.). In tali sistemi di diritto, infatti, è presente la c.d. *misrepresentation*, un

---

svista quella del Ceppi, in quanto non è possibile rinvenire alcuna regola analoga o equivalente all’art. 1337 nel Codice abrogato (cfr. U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, cit., p. 388, nt. 44).

<sup>178</sup> Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 559 ss.

<sup>179</sup> *Ivi*, p. 562.

vizio della volontà a cui ineriscono sia la *half truth*, cioè l'affermazione falsa oppure incompleta, e la *non disclosure*, ossia la vera e propria reticenza<sup>180</sup>.

Per quanto riguarda la sua rilevanza ai fini dell'annullabilità del negozio, la reticenza dovrà essere corroborata da tutti gli altri elementi caratterizzanti la fattispecie del *dolus malus*, disciplinati dall'art. 1439 c.c. Non potrà, ad esempio, esservi reticenza intenzionale senza l'elemento dell'induzione in errore dell'altra parte, ma è necessario che ogni aspetto strutturante la figura del dolo-vizio sia presente<sup>181</sup>.

Non sempre facile, tuttavia, è la considerazione di quali siano le circostanze atte a integrare la fattispecie del dolo *omissivo*. Si ritiene, come da autorevole dottrina, che le circostanze afferenti alla propria sfera giuridica soggettiva non siano rilevanti in questo senso (così, ad esempio, i motivi soggettivi per cui si è deciso di addivenire a quel tipo di negozio, il futuro utilizzo del bene che si vuole acquistare)<sup>182</sup>. Infatti, “di simili reticenze si alimenta il commercio: essere tenuti a comunicare cose del genere equivarrebbe a precludersi la conclusione degli affari. Chi compera un bene per un dato prezzo, tacendo al venditore di avere già un nuovo compratore disposto a pagare il triplo, certamente non incorre in dolo omissivo, anche se è certo che la circostanza da lui taciuta, se nota alla controparte, avrebbe indotto questa a non concludere il contratto. Ma chi compera per poco prezzo un vecchio violino, tacendo al compratore di essersi accorto che reca la firma di Stradivari, è sicuramente esposto all'azione di annullamento del venditore per dolo omissivo”<sup>183</sup>.

Ma non è nemmeno scontato che le circostanze attinenti alla propria sfera personale siano sempre da tenere occultate alla controparte contrattuale, poiché, in determinati casi, può certamente violarsi l'obbligo reciproco di comportarsi secondo lealtà e correttezza (buona fede). Così, ad esempio, quando il mutuatario

---

<sup>180</sup> Cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 4; F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., pp. 91-92.

<sup>181</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 95 ss.

<sup>182</sup> F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 330. Interessanti, sul punto, anche le osservazioni di U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, cit., pp. 383-384. Cfr. Cass., 15 aprile 1981, n. 2271, in *Massimario della giustizia civile (=MGC)*, 1981, p. 4.

<sup>183</sup> Così F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 330.

nasconda al mutuante che le somme di denaro da quest'ultimo prestatigli verranno adoperate per estinguere debiti con altri soggetti, ma non per fare investimenti<sup>184</sup>.

Da questo punto di vista è sicuramente nel giusto il Sacco, il quale sostiene che "... gli obblighi di informazione possono ben essere differenziati a seconda della natura del contratto da concludere. Occorre considerare a parte i contratti in cui un soggetto conosce la misura della propria prestazione solo attraverso le descrizioni che gliene fa la controparte (l'assicuratore apprende dall'assicurato i dati che consentono di calcolare il rischio); occorre considerare a parte i contratti di massa (in cui il contraente professionale non vuol disconoscere i motivi per cui il contraente non professionale si induce a contrattare), distinguendoli da quelli individualizzati; occorre considerare a parte i rapporti fiduciari (mandato, società, ecc.). E così via"<sup>185</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, ammette nella maggior parte dei casi la rilevanza della reticenza ai fini del dolo *omissivo*, tenendo però fermi alcuni temperamenti<sup>186</sup>. L'atteggiamento della Suprema Corte di Cassazione, da questo punto di vista, rappresenta l'emblema del pensiero giurisprudenziale in tema di reticenza e dolo *omissivo*. Si possono ben distinguere, all'interno delle pronunce della Corte, tre filoni: il primo è quello in cui si ritiene rilevante la reticenza (come mezzo del dolo) di per sé, il secondo quello in cui si subordina la rilevanza della reticenza al presentarsi di ulteriori circostanze e il terzo quello in cui si nega rilevanza alla reticenza.

Interessante, nell'ambito del primo indirizzo giurisprudenziale appena citato, è una sentenza della Cassazione del 1969, in cui la Corte nemmeno si chiede se esista o meno un generico obbligo di informazione tra contraenti, bastando, ai fini dell'annullamento del negozio, il solo nesso eziologico tra l'atteggiamento reticente e l'errore del *deceptus*. In particolare, tale pronuncia riguardava un caso in cui si

---

<sup>184</sup> Tale aspetto, insieme all'esempio riportato, viene illustrato da G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., pp. 109-110.

<sup>185</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., pp. 229-230.

<sup>186</sup> Secondo F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 329, la giurisprudenza circonda la reticenza, al pari della menzogna, "... di molte cautele, mossa dalla preoccupazione di evitare che una qualsiasi mancata informazione possa essere sfruttata dalla controparte, pentita del concluso contratto".



chiedeva l'annullamento di un contratto di compravendita, avente ad oggetto una "gru magnetica" (utilizzabile per i giochi della "pesca"), per dolo *omissivo*. L'alienante, nello specifico, aveva taciuto una circostanza in grado di determinare diversamente la volontà dell'acquirente nel comperare o meno tale marchingegno, ossia la mancata approvazione di tale tipologia di "gru" da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. La Corte, sulla base di queste premesse, ha optato per l'annullamento del contratto<sup>187</sup>.

Nell'ambito del secondo filone giurisprudenziale spicca, tra le altre, una decisione sempre degli anni '60, in cui la Suprema Corte si è dovuta interessare di un contratto d'affitto di azienda che produceva banane, collocata in Somalia. In quel periodo il mercato estero delle banane stava sopportando una convergenza temporale fortemente sfavorevole e il proprietario dell'azienda scelse di concederla in affitto. Tuttavia, nello stesso arco di tempo, l'Azienda Monopolio delle banane in Italia acquisì la totalità della produzione di banane in Somalia, favorendo fortemente la ripresa economica del settore. Quest'ultima circostanza, però, venne occultata, attraverso ripetute reticenze e affermazioni non veritiere, dall'affittuario al proprietario dell'azienda che aveva con lui concluso il contratto, comportando così l'annullamento del contratto stesso a causa di dolo *omissivo*<sup>188</sup>.

In pochi casi, infine, la Suprema Corte dimostra di seguire l'orientamento costituito dalla negazione della rilevanza della reticenza ai fini dell'annullamento del contratto per dolo *omissivo*. Nello specifico, in una pronuncia degli anni '90, avente ad oggetto diverse fattispecie, illustrate come segue: un Comune aveva appaltato dei lavori di ricostruzione, susseguenti a un terremoto, a una determinata società appaltatrice, versando a quest'ultima una considerevole somma di denaro come anticipo ed esigendo, a modo di garanzia, la stipulazione di due fideiussioni con una società di cauzioni. In seguito la società appaltatrice fallì e il Comune si

---

<sup>187</sup> Cass., 14 ottobre 1969, n. 3328, in *Giur. It.*, 1972, I, 1, p. 459. Similmente, Cass., 23 giugno 1943, n. 1581, in *Giur. It.*, 1943, I, p. 468; Cass., 27 marzo 1954, n. 2779, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – sezioni civili (=GCCC)*, 1954, p. 61; Cass., 20 ottobre 1964, n. 2626, in *Giur. It.*, 1965, I, p. 391; Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 190.

<sup>188</sup> Cass., 20 ottobre 1964, n. 2626, in *Giur. It.*, I, p. 391. Sulla stessa scia, Cass., 12 dicembre 1983, n. 7572, in *Mass. Foro it.*, 1983, p. 1521.

rivolse alla società garante, la quale, dal canto suo, convenne in giudizio sia l'appaltatore fallito che il Comune, chiedendo l'annullamento del contratto di fideiussione a causa di dolo *omissivo*. In particolare, la stessa società di cauzioni additava la condotta reticente sia al Comune che alla società appaltatrice fallita, con riferimento soprattutto alla tutt'altro che rosea situazione economica in cui si trovava la società affidataria dei lavori. La pronuncia della Corte, però, non diede alcuna rilevanza al dolo *omissivo*<sup>189</sup>.

## B) Il problema nel diritto romano

Nell'ambito dell'esperienza giuridica romana non sono presenti molte tracce sulla reticenza e sul dolo *omissivo*. Tra le fonti letterarie, ad esempio, è ancora l'Arpinate che ci tramanda casi che potrebbero essere suscettibili di inserimento nella categoria della reticenza, ma ciò è fortemente dibattuto. Si discutono, in particolare, due esempi tratti dal libro terzo del *De officiis*, trattato filosofico-politico composto da Cicerone intorno al 44 a.C. e indirizzato al figlio Marco, in cui si parla dei doveri privati e pubblici a cui ogni *civis romanus* che si rispetti dovrebbe attenersi.

Il primo esempio riguarda un commerciante onesto (*vir bonus*) che, partito dalla città di Alessandria alla volta di Rodi, portava con sé una grande quantità di frumento da vendere agli abitanti dell'isola, i quali, in quel periodo, si trovavano in una pessima condizione di carestia e miseria. All'atto della vendita, però, il mercante, sebbene fosse a conoscenza del fatto che altri commercianti si stavano recando a Rodi per vendere agli abitanti altro frumento, occulta tale circostanza e vende il frumento da lui portato a un prezzo molto elevato<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Corr. giur.*, 1995, p. 47. Ma anche, Cass., 18 gennaio 1979, n. 363, in *MGC*, 1979, p. 168; App. Milano, 15 gennaio 1988, in *Foro padano*, 88, I, p. 411; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11037, in *MGC*, 1991, p. 10.

<sup>190</sup> Cic., *De off.* 3, 12, 50: *Sed incidunt, ut supra dixi, saepe causae, cum repugnare utilitas honestati videatur, ut animadvertendum sit, repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum*

Nella valutazione della fattispecie, Cicerone<sup>191</sup> non ci dice se la condotta del mercante sia giuridicamente perseguibile. A ben vedere, non è questo il fine della sua opera, fine che, comunque, trova compiuta espressione nelle seguenti parole dell'Arpinate: "... l'uomo dabbene deve vivere secondo i dettami della legge della ragione e non solo della legge scritta e che la prima proibisce qualunque inganno anche sotto forma di reticenza, ma finisce con il riconoscere che altra è la morale filosofica e altra è la morale del legislatore, il quale può colpire solo il dolo che si manifesta esteriormente"<sup>192</sup>.

Il secondo esempio<sup>193</sup> ha invece a che vedere con i vizi della cosa venduta di cui l'alienante è a conoscenza, mentre l'acquirente no. Nel caso di specie, Tito Claudio aveva alienato la sua casa sul monte Celio a Publio Calpurnio, occultando però a quest'ultimo il fatto che gli àuguri avessero a lui stesso già intimato di smantellare o demolire quella parte di abitazione, la cui altezza impediva loro di avere libera la vista verso il monte Capitolino. Dedotta la questione in giudizio con l'*actio empti*<sup>194</sup>, il giudice M. Catone, figlio di Catone l'Uticense, condannò il venditore, Tito Claudio, al risarcimento del danno a favore di Publio Calpurnio. Era

---

*virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit.*

Sul testo si veda, di recente, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, Satura, 2007, p. 20, in particolare Cap. II.

<sup>191</sup> Che in questa parte del terzo libro parla per bocca di Antipatro.

<sup>192</sup> Così G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., pp. 10-11.

<sup>193</sup> Cic., *De off.* 3, 16, 66: *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque. Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progeniuit, ex filio est nominandus)—is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

<sup>194</sup> Sul punto si veda soprattutto G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, Böhlau, 1957, p. 223 ss.; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (=ZSS), 80, 1963, p. 36, nt. 121; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia dell'epoca repubblicana, I. Le nuncupationes*, Napoli, Jovene, 1979, p. 99 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec.a.C.-II sec.d.C.)*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 158, nt. 139; M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR*, 100, 1997, p. 37 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 61, nt. 50.

infatti espressione di buona fede il fatto che il venditore informasse il compratore dei vizi di cui era a conoscenza<sup>195</sup>.

Anche in questo caso deve essere in qualche modo ridimensionato il carattere giuridico dell'insegnamento di Cicerone. Al tempo dell'Arpinate, infatti, la garanzia per i vizi occulti della cosa venduta era espressamente regolata, per le vendite al mercato, da due specifici editti degli edili curuli (aventi giurisdizione sui mercati stessi), il primo dei quali interessava le vendite degli schiavi, il secondo quelle di *iumenta* (bestie da tiro o da soma)<sup>196</sup>. Nelle ipotesi rimanenti – come quella descritta nel caso di specie – è probabile, invece, che la responsabilità del reticente venisse valutata caso per caso.

Ciò descritto per quanto riguarda le fonti letterarie, risulta ora utile volgere brevemente lo sguardo alle fonti giuridiche rilevanti sul tema. Tra queste ultime, in particolare nel Digesto di Giustiniano, possono trovarsi casi di reticenza rilevante. Così, ad esempio, in:

D. 19, 1, 11, 5: *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.*

In questo passo Ulpiano sostiene, appunto, che il venditore, sapendo perfettamente che la schiava non era più vergine al momento della compravendita, aveva indotto in errore il compratore nascondendogli tale circostanza determinante del consenso; di conseguenza, il compratore avrà il diritto di farsi restituire il denaro pagato, riconsegnando la schiava al venditore<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, cit., p. 61 ss.

<sup>196</sup> Sul punto si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 591, oppure, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 458 ss.

<sup>197</sup> Sul testo, da ultimo: L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 45, 1994, p. 67 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Von Hochstaplern, schlechten Schuldern und vermeintlichen Jungfrauen. Historisches und Vergleichendes zum error in persona*, in M. SCHERMAIER-J.M. RAINER-L.C. WINKEL (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln-

Altra traccia è in D. 18, 1, 35, 8: *Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem*. Qui si dà il seguente caso: un venditore non palesa al compratore di un fondo l'esatto confine di quest'ultimo o, ancora meglio, non dice nulla dell'esistenza di un (fondo) confinante. In questo caso, se il compratore fosse venuto a conoscenza di tale circostanza, ciò lo avrebbe fatto desistere dall'acquisto<sup>198</sup>.

---

Weimar-Wien, Böhlau, 2002, p. 666 ss.; M. TALAMANCA, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nel diritto romano. Seminario Aristec per Berthold Kupisch, Roma 20-22 giugno 2002*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 7, nt. 18; G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e risoluzione della emptio venditio*, in L. GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, Cedam, 2007, p. 32 ss.; F. PROCCHI, 'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico, in L. GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, cit., p. 205 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi d'informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, cit., p. 87 ss.; M.F. CURSI, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 16 ss.; A. CASTRESANA, *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 40, 2012, p. 734 ss.

<sup>198</sup> G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 13, nt. 28.



## Capitolo III

### *I rimedi pretori contro il dolo*

SOMMARIO: 1. L'*actio de dolo* e le sue caratteristiche principali. In particolare: la sussidiarietà. –

1.1. L'*actio de dolo*: la posizione di Labeone. – 1.2. L'*actio de dolo*: ambito di applicazione.

– 2. L'*exceptio doli*.

#### **1. L'*actio de dolo* e le sue caratteristiche principali. In particolare: la sussidiarietà**

Il *ius civile* romano, considerando valido e produttivo di effetti (quindi, non passibile di annullamento) il negozio giuridico viziato da dolo perpetrato da una delle due parti nei confronti dell'altra, indusse il *praetor* ad intervenire per colmare le lacune, tramite la concessione, a favore della vittima del dolo (*deceptus*), della c.d. *actio de dolo*, da esperire nei confronti del *deceptor*.

Come già detto in precedenza, fu proprio un amico di Cicerone, il giurista e pretore Aquilio Gallo, ad introdurre, nell'editto pretorio, le *formulae de dolo*. In particolare, egli introdusse proprio l'*actio de dolo* (*malo*), nel periodo intercorrente tra il 70 e il 60 a.C.<sup>199</sup>.

I *Digesta* di Giustiniano, al fr. I, § I del titolo III (*De dolo malo*, appunto) del libro IV, riportano i *verba edicti*, a loro volta precedentemente trascritti da Ulpiano nel suo celeberrimo libro *undecimo ad edictum*<sup>200</sup>. Da tali *verba* si desumono con

---

<sup>199</sup> V. anche *supra*, p. 48 ss., in particolare nt. 137.

<sup>200</sup> D. 4, 3, 1, 1: *Verba autem edicti talia sunt: 'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo'*. Così, invece, afferma D. 4, 3, 1 pr.: *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa*.

Dal canto suo, O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927<sup>3</sup>, p. 114 ss., aveva così di seguito ricostruito i *verba edicti*: *'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, <intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit>, iudicium dabo'*.

adeguata precisione due connotati o presupposti fondamentali dell'*actio de dolo*: il primo è il suo c.d. “carattere di sussidiarietà”, rappresentato dall’espressione *si alia actio non erit*; il secondo, rappresentato dalla clausola *si iusta causa esse videbitur*, è totalmente distinto dal primo e si identifica con il “previo accertamento”<sup>201</sup>, cioè la c.d. *causae cognitio*, che il pretore doveva necessariamente porre in essere ai fini di concedere al *deceptus* la possibilità di esperire l'*actio de dolo* nel caso concreto<sup>202</sup>.

Prima di soffermarsi sul tratto più saliente e dibattuto dell'*actio de dolo*, ovvero il suo carattere di sussidiarietà, è necessario fare riferimento a tutti gli altri suoi elementi, tutti molto importanti ai fini di una miglior comprensione di tale rimedio conferito dal *ius honorarium* romano. In particolare, tale azione era: α) onoraria con *formula in factum concepta*; β) penale con condanna *in simplum*; γ) arbitraria; δ) infamante o *famosa*; ε) nossale; ζ) esperibile entro l’anno; η) personale.

α) Azione onoraria con *formula in factum concepta*<sup>203</sup>: il suo carattere di *actio* concessa dal *ius honorarium* o pretorio risulta essere più che pacifico. Ugualmente,

<sup>201</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell’actio de dolo*, cit., pp. 178-179; ID., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 195.

<sup>202</sup> Sulla *causae cognitio*, in via generale, si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 328. Più nello specifico, per quanto riguarda la *causae cognitio* nell’*actio de dolo*, dedicano alcune osservazioni, sebbene in forma minore rispetto al tema più controverso della sussidiarietà, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 245 ss., B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell’actio de dolo*, cit., pp. 178-179, e C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 692 ss.

Per le fonti giuridiche in tema di *causae cognitio* nell’*actio de dolo* si veda, oltre a D. 4, 3, 1, anche D. 4, 3, 9, 5: *Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit*; D. 4, 3, 10-13: 10. *id est usque ad duos aureos*, 11. *non debet dari*. 1. *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendationis. Et ita Labeo. Quid ergo est? In horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat*, 12. *ne ex dolo suo lucentur*. 13. *Hereditibus tamen harum personarum, item adversus heredes de dolo actio erit danda*. 1. *Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est*.

<sup>203</sup> Avverte bene il grande M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 317, quando afferma che è bene non confondersi tra le *formulae in factum conceptae* e le *actiones in factum*. Infatti, nel primo caso, la formula è costruita sulla base dell’alternativa *si paret... si non paret*; mentre, nel secondo caso, utilizzando le parole stesse dell’eminente romanista, si fa riferimento “... alla circostanza che si tratta di un’azione decretale, e non edittale, e non specifica nulla sul modo in cui è costruita la formula di tale azione...”.



non viene messa in dubbio la sua struttura formulare, basata su una *intentio* con *formula in factum concepta*, così ricostruita dal Lenel: *Si paret dolo malo N. Negidii factum esse, ut A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvido*<sup>204</sup>.

β) Azione penale con condanna *in simplum*: l'*actio de dolo* era di natura penale, ovvero andava a sanzionare la persona stessa del *deceptor*, infliggendo in capo a quest'ultimo una *poena* pecuniaria o, più generalmente, *condemnatio*, che era *in simplum*, basata sul parametro dell'interesse negativo, il quale "... si calcola confrontando la situazione in cui si trova l'attore stesso in seguito alla conclusione del contratto e quella in cui si sarebbe trovato, se non l'avesse concluso"<sup>205</sup>. Nello specifico, quindi, il giudice avrebbe dovuto valutare la situazione in cui il *deceptus* si trovasse dopo aver concluso il negozio con il *deceptor* (a causa dell'inganno perpetrato da quest'ultimo), comparandola con la situazione in cui si sarebbe presumibilmente trovato se non avesse consentito all'atto negoziale.

---

<sup>204</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 115. Corretta, sul punto, è l'osservazione di B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 195, secondo cui nella struttura formulare dell'*actio de dolo* doveva inserirsi il nome del *deceptor* (costruzione *in personam scripta*), a differenza di quanto avveniva nell'ambito dell'*actio quod metus causa*, la quale era, per l'appunto, *in rem scripta*.

<sup>205</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 238 e 658. A ben vedere, tuttavia, l'opinione del Talamanca è quella che più si discosta da altre numerose interpretazioni che seguono una linea ben precisa nell'affermare come sia proprio il "danno sofferto" dal *deceptus* a dover essere risarcito con una somma di valore a esso pari. Condividono, ad esempio, quest'ultima interpretazione i seguenti romanisti: G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 715; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 692; P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, cit., p. 399; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 145; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 198; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 388; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 556. Rilevante, in questo senso, è quanto viene esposto sempre dal Talamanca, secondo cui "l'entità della pena pecuniaria può essere determinata indipendentemente dalla considerazione dell'ammontare del danno patrimoniale eventualmente sofferto... La pena stessa non viene... imposta allo scopo di risarcire codesto danno, ma di infliggere una sanzione a colui che ha commesso l'illecito, e quindi è indipendente dall'effettivo persistere del danno stesso. In epoca classica, la funzione della pena è, dunque, considerata dal punto di vista di chi la subisce, mentre nella prospettiva dei romani la causa dell'attribuzione alla persona offesa resta in sostanza imprecisata" (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 336; così anche E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 302, e M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 35). Quindi, si potrebbe parlare di una fine immediato e diretto dell'*actio poenalis*, consistente nel comminare una sanzione pecuniaria in capo al soggetto che si è macchiato di un comportamento fraudolento, e di un fine mediato e indiretto, volto alla riparazione del danno sofferto dal *deceptus*.

Al carattere penale pretorio (e onorario) di tale *actio* si ricollega, oltre alla proponibilità di essa nei limiti dell'anno (di cui si parlerà in seguito), una questione fortemente dibattuta dalla dottrina romanistica, ossia la sua intrasmissibilità agli eredi dell'autore del dolo. In particolare, non tutti gli studiosi sono d'accordo in riferimento all'azione che si ritiene venga concessa trascorso inutilmente l'anno di esperibilità dell'*actio de dolo*.

La dottrina romanistica più autorevole, sebbene ormai risalente, prende ad esempio alcuni passi tratti dal libro IV dei *Digesta* per sviluppare alcune eleganti osservazioni in tema di intrasmissibilità passiva dell'*actio de dolo*<sup>206</sup>. I frammenti interessati sono i seguenti:

D. 4, 3, 17, 1: *Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit;*

D. 4, 3, 26: *In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit;*

D. 4, 3, 27: *dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit;*

D. 4, 3, 28: *Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur, at si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio;*

---

<sup>206</sup> Qui si fa riferimento principalmente all'opera di G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 85 ss., il quale riporta pedissequamente e con attenzione l'autorevole opinione – a sua volta sviluppata sulla base di P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, Cogliati, 1912 – di E. ALBERTARIO, *Note sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *BIDR*, 26, 1913, pp. 90-138 (ora in *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 369-408); ID., *Responsabilità post annum e responsabilità degli eredi nell'interdictum unde vi*, in *Rendiconti Ist. Lombardo*, 46, 1913, p. 298 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, cit., pp. 275-288); ID., *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'actio tributaria e nell'actio de peculio*, *ibid.*, p. 340 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, cit., pp. 289-300); ID., *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede*, *ibid.*, p. 449 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, cit., pp. 301-320).

D. 4, 3, 29: *Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere.*

Nei brani appena citati il Longo, riprendendo sostanzialmente le tesi dell'Albertario, vede diffuse interpolazioni, soprattutto nei frammenti 26 e 28, da parte dei compilatori giustiniane. Tuttavia, ad esempio, proprio nel frammento 28 risulta esservi ancora traccia di quella che era probabilmente un'*actio in factum* di carattere perpetuo o senza limitazioni di tempo<sup>207</sup>.

Ad ogni modo, l'esegesi di questi passi è molto complessa, dà poche certezze e la dottrina romanistica non ha mai trovato un accordo sul punto. Infatti, vi è chi sostiene che, nell'ambito del diritto romano classico, trascorso inutilmente l'anno senza che il *deceptus* abbia proposto l'*actio de dolo* nei confronti del suo autore, sia stata concessa dal pretore un'*actio in factum* (non infamante) contro il *deceptor*, nei limiti del *simplum*, oppure, in caso di morte del primo, contro gli eredi di quest'ultimo, sempre *in simplum* (e, ovviamente, trascorso l'anno). Mentre, nel diritto giustiniano, fu proprio l'*actio de dolo* ad essere oggetto di riforme o modificazioni sostanziali, con particolare riferimento al suo connotato di intrasmissibilità passiva agli eredi del raggiratore, in quanto poteva essere utilizzata anche contro di essi e contro lo stesso *deceptor*, trascorso l'anno di sua ordinaria proponibilità come azione penale, nei limiti del loro arricchimento (*id quod ad eos pervenit*)<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Così secondo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 90 ss.

<sup>208</sup> *Ivi*, p. 137, sempre facendo riferimento alle precedenti opinioni dell'Albertario. Si discostano di poco da quest'ultima le interpretazioni di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, Athenaeum, 1928<sup>2</sup>, p. 383, e G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 715. Secondo quest'ultimo, ad esempio, “trascorso l'anno, e contro l'erede, il pretore concede, di solito, un'*actio in factum*, caratterizzata dall'assenza di un termine, non infamante, e diretta al solo risarcimento *in simplum*... La restrizione dell'oggetto di quest'ultima azione entro i limiti dell'arricchimento degli eredi, sembra sia da attribuire ai compilatori”. Il Luzzatto, quindi, parlando del periodo giuridico giustiniano, si discosta dal pensiero del Longo e dell'Albertario prima di lui, in quanto ritiene sia presente sempre la stessa *actio in factum* (come in età classica), ma interpretata in maniera più restrittiva, cioè nei limiti dell'arricchimento del *deceptor* o dei suoi successori. Dal canto suo, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 238, afferma la concessione da parte del pretore di “... un'azione reipersecutoria nei limiti in cui gli eredi avessero tratto giovamento dal contegno doloso del loro dante causa (c.d. *actio in id quod ad eos pervenit*), azione che venne poi estesa all'autore del dolo stesso dopo la scadenza dell'anno”. Similmente a quest'ultimo anche B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 195, e A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 388.

γ) Azione arbitraria: nel caso in cui l'attore, ovvero la vittima del dolo, si fosse prodigato per convenire in giudizio il *deceptor* entro la prima annualità, quest'ultimo non sarebbe stato condannato alla *poena* pecuniaria se avesse soddisfatto la pretesa del *deceptus* sulla base della *clausola arbitraria* (o meglio, del c.d. *arbitrium* o *iussum de restituendo*), facente parte della struttura formulare dell'*actio de dolo*. Quindi, se il *deceptor* avesse soddisfatto la richiesta dell'attore restituendogli la cosa, sarebbe stato assolto; mancava, in questa ipotesi, uno dei presupposti ai fini della condanna. Se invece non avesse provveduto alla *restitutio*, il giudice avrebbe svolto la *litis aestimatio*<sup>209</sup>.

δ) Azione infamante o *famosa*<sup>210</sup>: l'*actio de dolo* comportava *infamia*, ovvero i soggetti da essa colpiti diventavano *personae ignominiosae*, affette da “disistima sociale”<sup>211</sup>. L'*infamia* pretoria era annoverata tra le cause minoratrici della capacità delle persone, in quanto, ad esempio, gli *infames* non potevano *postulare pro aliis*, ovvero rappresentare altri soggetti in giudizio (a meno che non si trattasse dei prossimi congiunti) e neppure farsi rappresentare da un *cognitor* o da un *procurator*<sup>212</sup>.

ε) Azione nossale<sup>213</sup>: era cioè esperibile nei confronti del soggetto avente potestà, ovvero il *paterfamilias*, per il dolo posto in essere dal soggetto sottoposto al suo potere dominicale, ossia il *filiusfamilias* o lo schiavo. Di conseguenza, il

---

<sup>209</sup> Sul punto si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 314-315.

<sup>210</sup> Cfr. D. 4, 3, 1, 4; 11, 1. Per una esposizione dettagliata circa il carattere infamante dell'azione di dolo si veda *infra*, p. 118 ss.

<sup>211</sup> L'espressione tra virgolette è di A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 160.

<sup>212</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 59-60; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 344.

<sup>213</sup> D. 4, 3, 9, 4a: *Haec de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum*. Questo passo presenta delle forti alterazioni secondo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., pp. 244-245, e B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio del dolo*, cit., p. 262. *Contra* A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, cit., pp. 35-36, secondo cui “... l'*actio de dolo* funzionava fino ad un certo grado come supplemento del troppo ristretto sistema romano dei contratti nominati ed innominati. Per questa ragione l'equiparazione nei suoi effetti in relazione alla responsabilità del *dominus* o *pater* appare perfettamente giustificata”. Più di recente, con ampia bibliografia, anche R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004, p. 421 ss.

*paterfamilias* aveva di fronte a sé un'alternativa: o dava luogo alla consegna (*noxae deditio*) del soggetto a potestà all'offeso, oppure la evitava adempiendo alla sanzione pecuniaria per l'atto illecito commesso, ove condannato<sup>214</sup>.

ζ) Azione esperibile entro l'anno<sup>215</sup>: l'*actio de dolo* doveva essere esperita dal *deceptus* entro un anno dal manifestarsi del *dolus malus* perpetrato dal suo autore. L'Imperatore Costantino, in età postclassica, portò il suddetto termine a due anni, e così rimase anche sotto l'Impero di Giustiniano<sup>216</sup>.

η) Oltre a ciò, l'*actio de dolo* era strettamente personale, ovvero poteva proporsi solamente contro l'autore del dolo, controparte negoziale o terzo che fosse<sup>217</sup>.

Così come per l'*actio quod metus causa*, anche per l'azione di dolo valeva il seguente principio: essa non poteva essere proposta a negozio non eseguito o, ancora meglio, il negozio viziato concluso tra le parti doveva essere produttivo di effetti (e, quindi, anche di un danno nei confronti del *deceptus*<sup>218</sup>), cosicché la parte ingannata, per eliminarli, avrebbe dovuto utilizzare proprio l'*actio de dolo*, *si alia actio non erit*.

È opportuno, a questo punto, trattare della questione più dibattuta in tema di *actio de dolo*, ovvero il suo carattere di azione sussidiaria. Essa, infatti, poteva proporsi (su concessione del *praetor*) solamente *si alia actio non erit*, cioè in assenza di altra azione esperibile nel caso concreto<sup>219</sup>.

Molti studiosi, soprattutto nell'ambito dei manuali istituzionali, giustificano la sussidiarietà dell'*actio de dolo* sulla base del suo carattere infamante, senza addurre molte spiegazioni al riguardo, essendo sufficiente, ai loro fini, la prima parte del passo ulpiano (qui riportato per intero) tratto da:

---

<sup>214</sup> Si veda, per tutti, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, p. 535 ss.

<sup>215</sup> Cfr. 4, 3, 1, 1. Tuttavia, come si desume dalla ricostruzione della formula dell'*actio de dolo* compiuta dal Lenel (su cui v. *supra*, p. 75), i compilatori giustinianeî avevano eliminato da quest'ultima ogni riferimento al termine annuale entro cui essa si sarebbe dovuta esperire. Ciò viene rilevato anche da B. ALBANESE, *Gli atti negoziale nel diritto privato romano*, cit., p. 198, nt. 564.

<sup>216</sup> C.I. 2, 20, 8.

<sup>217</sup> Cfr. D. 4, 3, 15, 3: *In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse*. Su questo testo v. *infra*, p. 110 ss.

<sup>218</sup> Questo attributo si ricava incidentalmente da D. 4, 3, 31. Cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziale nel diritto privato romano*, cit., p. 196, nt. 548.

<sup>219</sup> Cfr., in via generale, D. 4, 3, 1, 1; 47, 20, 3, 1; C.I. 2, 20, 2.

D. 4, 3, 1, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor: 'si de his rebus alia actio non erit'. Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius libro vicensimo octavo, et adicit: et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit*<sup>220</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la seconda parte del passo appena riportato (da *usque a sit*), si può affermare con un certo margine di sicurezza come Pedio,

<sup>220</sup> O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 [rist. Roma 2000], § 385, c. 466.

Pensano, ad esempio, che sia sufficiente il connotato infamante dell'azione al fine di considerarla come sussidiaria i seguenti autori: G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 145 ss.; G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 715; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 215; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 104; M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., pp. 35-36, nt. 13; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 388. Ritiene solamente di origine compilatoria la giustificazione del connotato di sussidiarietà sulla base dell'infamia portata dall'azione di dolo, C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 692, nt. 47. Vi è, tuttavia, un Autore che si è specificamente occupato e, debbo dire, in maniera davvero elegante ed esauriente (ovviamente nei limiti del possibile) della sussidiarietà dell'*actio de dolo*, ovvero B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 306 ss., secondo il quale i motivi fondanti il requisito della sussidiarietà dell'azione di dolo vanno cercati solo ed esclusivamente “sul piano storico”. Infatti, così come dice l'illustre romanista, “la fine dell'età repubblicana appare – almeno sotto il profilo della disciplina dell'illecito privato – profondamente in travaglio, in ordine, soprattutto, a due figure di delitto in piena elaborazione: il *furtum* e il *damnum iniuria datum*...”; ma, inoltre, viene alla luce, grazie ad Aquilio Gallo, l'*actio de dolo*, la quale “... è in stretta connessione implicita con le azioni preesistenti. Essa serve a tutelare quei casi che avrebbero sforzato gli interpreti a costruzioni sempre meno attendibili... Il pretore e i giuristi sono forniti di un mezzo generale che potrà applicarsi, senz'altro, ove manchi un'altra sistemazione accettabile”. Questo, secondo l'Albanese, è il sentiero da percorrere nell'itinerario diretto alla miglior comprensione della *forma mentis* e del *modus operandi* dei *prudentes* romani, senza soffermarci a petizioni di principio che, effettivamente, lasciano il tempo che trovano. A quest'ultimo contributo vengono mosse numerose obiezioni da parte di A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Pagine di diritto romano*, 6, 1995, pp. 281-290 (precedentemente in *Labeo*, 8, 1962, p. 270 ss.), secondo cui, con particolare riferimento all'infamia che l'*actio de dolo* comporta, “vero è che non a tutte le azioni *famosae* venne fatto lo stesso trattamento, ma è anche vero che per le altre azioni infamanti mancò ai giureconsulti l'appiglio della clausola «*si alia actio non erit*»”. Infine, non prendono posizione sul punto M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 238 ss., e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 198; mentre, in una monografia molto recente, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 556 ss., sembra dare nuova linfa alla tesi dell'Albanese, in quanto afferma che “... il richiamo all'infamia non spiega del tutto le ragioni della sussidiarietà... L'*actio de dolo* serve a riempire le lacune nella protezione giudiziaria (dello *ius civile* e dello *ius praetorium*) in materia di comportamenti (valutati come) illeciti. Va riservata ai casi non tipizzati e che non danno luogo ad alcun genere di tutela...”.

attraverso la testimonianza di Ulpiano, ritenesse applicabile l'ordinaria regola della sussidiarietà dell'*actio de dolo* rispetto alla proposizione, nel caso concreto, di un *interdictum* o di una *exceptio*, tutelanti anch'essi la pretesa della vittima del dolo (*deceptus*); sulla stessa linea si stabiliva anche Pomponio, il quale, ovviamente, vedeva nella *stipulatio* (con *clausula doli*) altro elemento per non addivenire all'*actio de dolo*<sup>221</sup>.

Molto rilevanti sono anche i brani successivi a quest'ultimo, ovvero il § 5 e il § 6 della stessa legge, come di seguito riportati:

D. 4, 3, 1, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem*<sup>222</sup>;

D. 4, 3, 1, 6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret*<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 180. Secondo quest'ultimo il brano pare genuino, a differenza di come pensa G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 146 ss., secondo cui "... è indubbiamente intruso il brano «*quoniam – ideo*»", il quale sarebbe da considerare come un glossema. Inoltre, sempre lo stesso Autore, in una ricerca più recente, si chiede "... piuttosto se veramente il riferimento di Pedio riguardasse l'interdetto e l'*exceptio* o se fosse fatto per asseverare le parole precedenti. L'aver voluto accomunare *actio* e *interdictum*, l'aver voluto completare anche con il riguardo alla difesa mediante eccezione può essere consono allo spirito di un legislatore. Di modo che il passo può aver suonato così: «*si alia actio non sit... ut et Pedius libro octavo scribit*»" (ID., *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 765 ss.; lo stesso scritto era precedentemente contenuto in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, 3, Milano, Giuffrè, 1965, p. 460 ss).

<sup>222</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 466.

<sup>223</sup> ID., *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 466.

Nel primo dei due passi si dà il caso di una possibile *denegatio actionis*<sup>224</sup>, attraverso la quale si negava, senza dubbio, il ricorso a una eventuale *actio de dolo*, manifestandosi in tutto e per tutto il carattere di sussidiarietà di quest'ultima<sup>225</sup>.

Nel secondo, invece, Ulpiano trasmette il pensiero di Labeone riferitoci da Pomponio: *Labeo*, in questo caso, riteneva la *in integrum restitutio* un impedimento alla proponibilità dell'azione di dolo nel caso concreto<sup>226</sup>.

Inoltre, anche nel successivo § 7, si rinviene un'altra circostanza preclusiva dell'*actio de dolo*, ovvero l'estinzione della pretesa di un soggetto nei confronti del *deceptor* mediante una *acceptilatio*, il tutto dopo essere addivenuti a una *stipulatio* aquiliana<sup>227</sup>.

L'esegesi dei passi contenuti nella *sedes materiae* riguardante il *dolus malus* risulta poi utile in riferimento a una ulteriore serie di frammenti, ove è riscontrabile addirittura la tendenza da parte dei giuristi romani di escludere l'applicazione dell'azione di dolo anche in casi – per così dire – estremi, ossia quando, “... pur non esistendo alcun rimedio a favore della vittima del dolo contro l'autore di esso, l'effetto dell'illecito può essere egualmente neutralizzato efficacemente con un mezzo processuale esperibile contro terzi”<sup>228</sup>. Così facendo, i giuristi romani

---

<sup>224</sup> Sulla *denegatio actionis* si veda, a livello manualistico, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 112.

<sup>225</sup> Cfr. G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'«actio de dolo»*, cit., p. 767, secondo cui la parte finale del passo, ovvero *non debere – actionem*, è certamente da ritenersi falsificato dai compilatori.

<sup>226</sup> Pare corretto ritenere che la parte del brano che va da *sibi* fino a *exiret* sia da amputare totalmente. Concordano sul punto G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., pp. 147-148, e B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 181, nt. 12. Si spinge ancora più in là, nel suo contributo più recente, G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'«actio de dolo»*, cit., p. 767, assumendo addirittura la parte del passo *et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere* come soggetta a interpolazione. Per la letteratura straniera sul paragrafo si faccia riferimento a G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, cit., pp. 241-242.

<sup>227</sup> D. 4, 3, 1, 7: *Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est*. Sul punto, cfr., B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 181, nt. 13; G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'«actio de dolo»*, cit., p. 767. Secondo quest'ultimo, in particolare, “... l'ipotesi è inconfigurabile sia praticamente sia teoricamente. Che potesse parlarsi di *actio de dolo* nel caso che taluno estinguesse con *acceptilatio* la sua pretesa verso l'autore della circonvenzione, dopo aver compiuto una *stipulatio* aquiliana, è una costruzione, cui il giurista romano non avrebbe potuto pensare... E' un affastellamento di criteri e uno spiegamento di situazioni che fanno sentire da lontano le caratteristiche della mentalità compilatoria”.

<sup>228</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 182.



mostrano di considerare l'*actio de dolo* in maniera fortemente restrittiva, in quanto, appunto, preferiscono che sia un altro strumento, un'altra *actio* ad esempio, a tutelare le ragioni del *deceptus*, nel caso in cui questo sia possibile, ovviamente. E ciò è possibile, appunto, quando un altro soggetto, un terzo per intenderci, non sia del tutto estraneo alla vicenda (intercorrente tra *deceptor* e vittima del raggiro); ma, anzi, egli deve essere connivente o, in un modo o nell'altro, deve aver profittato dell'altrui attività ingannatoria<sup>229</sup>.

A ben vedere, però, tale concezione dell'*actio de dolo* riceve un particolare temperamento grazie al genio interpretativo dei giuristi romani. Infatti, ove venisse concessa una *alia actio* nei confronti del terzo e questa, però, non portasse concretamente alla soddisfazione delle pretese della vittima del dolo a causa dell'insolvenza del terzo stesso (valutata, presumibilmente, nella *causae cognitio*), il *deceptus* poteva esperire l'*actio de dolo* nei confronti del suo autore<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo, Palumbo, 1991, p. 333 ss. (precedentemente in *Labeo*, 9, 1963, p. 42 ss.).

<sup>230</sup> Se la dottrina romanistica si trova d'accordo sull'importanza di tale temperamento ai fini di una maggiore estensione di applicabilità dell'*actio de dolo*, non si può dire altrettanto con riferimento alla origine classica o meno di tale aspetto. Infatti, ad esempio, A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 283 ss., in polemica con B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., *passim*, si batte per la non classicità della soluzione, in quanto, secondo lo stesso Guarino, a ciò "... osta il fatto, che fu proprio la giurisprudenza classica ad applicare restrittivamente l'*edictum*, da un lato creando il principio di sussidiarietà, dall'altro interpretando il termine *actio* nel senso generico di rimedio giudiziario. I giuristi classici andavano, sì, per il concreto, e non è detto che non abbiano ampiamente discusso circa la possibilità di più estese applicazioni dell'*ad.*, ma sta di fatto che l'indirizzo generale da essi forgiato era severamente limitativo ed è perciò da presumere, di fronte a testi interpolati, che certe stridenti applicazioni estensive dell'*ad.* non siano state proclamate da loro, ma siano piuttosto dipese da interpretazioni innovative postclassiche, specialmente pregiustiniane". Dal canto suo, B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 333 ss., risponde, a mio avviso in maniera corretta, al Guarino che egli non ha tenuto in debita luce quella che è l'altra tendenza della giurisprudenza romana (a cui l'Albanese dedica una parte sostanziosa del suo primo scritto), la quale può riassumersi nel pensiero labeoniano *et si dubitetur an alia (actio) sit*, cioè, letteralmente, "se sia dubbio che vi sia un'altra azione". Ammettendo questo, dunque, specifica l'Albanese che "... niente osterebbe alla classicità di quest'altra estensione dell'applicazione dell'*a. de dolo*, in caso di insolvenza dell'*alius*". Per il Guarino, inoltre, sembra assolutamente impossibile la provenienza classica di una tale soluzione, così "cerebrina" e "di scarsa sensibilità pratica". Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, il grande romanista napoletano non sembra superare indenne le censure proposte dall'Albanese, il quale spiega che "non vi è nulla... di abnorme, di obliquo e di cerebrino, nella pretesa dell'attore che non si dia luogo, nella specie, ad una interpretazione restrittiva dell'*edictum* che avrebbe frustrato, in pratica, le proprie ragioni". L'Albanese, tuttavia, anche se pare abbia messo in luce in maniera migliore tutta l'impostazione romana sulla sussidiarietà dell'*actio de dolo*, non trova appoggio unanime alla sua tesi della assoluta classicità della soluzione qui sopra descritta, in quanto, ad esempio, anche G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 158 ss.; ID., *Sul regime giustiniano dell'«actio de dolo»*, cit., p. 768 ss., opta per l'origine giustiniana o

Di seguito si riportano i passi del Digesto interessati da questa innovativa soluzione presentata dai giuristi romani, la quale “... non rappresenta... una vera estensione positiva; bensì soltanto una rinunzia all’interpretazione restrittiva”<sup>231</sup>.

D. 4, 3, 1, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur,*

D. 4, 3, 2 (Paul. 11 *ad ed.*): *vel ab eo res servari poterit,*

D. 4, 3, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium*

D. 4, 3, 4 (Paul. 11 *ad ed.*): *sit actio vel si ab alio res mihi servari potest.*

D. 4, 3, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

Nei frammenti appena riportati si mette in luce il fatto che l’*actio de dolo* non può essere concessa in presenza di altri rimedi atti a tutelare le ragioni del *deceptus* nei confronti del *deceptor* o, addirittura, di un *alius*<sup>232</sup>. Essi, peraltro, sono in connessione tra loro e formano un discorso dalle maglie più ampie che non si riuscirebbe assolutamente a comprendere attraverso una esegesi riduttiva compiuta passo per passo.

In ogni caso, il fr. 5 è il punto di arrivo e la sintesi della costruzione (in ordine crescente) sviluppata nei passi citati. In quest’ultimo, infatti, viene esemplificato il seguente caso: un pupillo, essendo stato tratto in inganno da parte di Tizio – con la complicità del tutore stesso –, potrà proporre l’*actio tutelae* nei confronti del proprio tutore, terzo connivente dell’autore del dolo, e non direttamente l’*actio de dolo* contro Tizio. Questo è sicuramente uno degli esempi paradigmatici di

---

compilatoria del temperamento alla concezione più che restrittiva della sussidiarietà, avente come punto focale proprio l’insolvenza del terzo che ha profittato dell’altrui dolo.

<sup>231</sup> B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell’«actio de dolo»*, cit., p. 337.

<sup>232</sup> Cfr. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell’«actio de dolo»*, cit., pp. 284-285.

interpretazione restrittiva avente ad oggetto l'applicazione dell'*actio de dolo*, dato che, in altri termini, si va a estendere esponenzialmente la regola della sua sussidiarietà. Sennonché, come si evince dall'ultima frase del testo (da *plane* ad *ei*), viene introdotto il temperamento dell'insolvenza del terzo convenibile, in modo che la vittima del dolo, il pupillo, possa comunque pervenire alla soddisfazione della propria pretesa, questa volta, però, tramite l'azione di dolo nei confronti del *deceptor* Tizio. A ben vedere, quindi, la soluzione così congeniata è perfettamente equilibrata e si conforma a un principio generale di equità nel caso concreto. Infatti, sarebbe assolutamente iniquo per il pupillo non poter trovare soddisfazione alle proprie pretese dopo l'accertamento, in sede di *causae cognitio* pretoria, dell'insolvenza del terzo<sup>233</sup>.

È dello stesso ordine di idee anche Gaio in:

D. 4, 3, 6 (Gai 4 *ad ed. prov.*): *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.*

In particolare, sebbene il passo, singolarmente preso, sembri affermare tutt'altro, il *nam* iniziale ha sicuramente una valenza rafforzativa, nonché di collegamento, rispetto all'ultimo periodo del passo precedente, ovvero *plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei*<sup>234</sup>.

Sul punto sono da rigettarsi, a mio avviso, le conclusioni a cui perviene il Longo, secondo cui “il significato del testo è palese nella dommatica giustiniana e

<sup>233</sup> Secondo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 159, il tratto finale *plane – ei* è “... frutto di una volontà legislativa innovatrice”, nonché *dicendum erit* sembra essere imperativo. Dal canto suo, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 186 ss., sostiene la genuinità del brano, anche se trova “insostenibile” la forma infinitiva della parte iniziale del frammento, da *Ideoque* sino a *intersit*, in quanto è assente il periodo principale. Così, secondo l'Albanese, si è di fronte al “... segno di una sommatoria rielaborazione formale compilatoria dell'intero brano, al fine di sopprimere riferimenti giurisprudenziali... i compilatori riassunsero frettolosamente le osservazioni finali, nelle quali si doveva... rilevare come ora l'inopportunità di procedere all'interpretazione estensiva nel caso di insolubilità dell'*alius* convenibile con azione diversa da quella *de dolo*”. Ancora diversa, poi, è l'interpretazione del passo data da A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 285.

<sup>234</sup> Cfr. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., pp. 285-286. Per B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 210, il *nam* è un “aggancio compilatorio” che, tuttavia, non è importante per la comprensione dell'assunto gaiano.

palese è che essa è una delle tante corte leggi in cui più frequentemente i compilatori inseriscono loro concetti, talvolta addirittura decorando col nome di un giurista interi testi di loro fattura”<sup>235</sup>. Questo, al contrario, è un frammento che ben potrebbe rappresentare il sunto di ciò che è stato detto in precedenza, a proposito dei brani ulpiani e paolini, in quanto la costruzione di Gaio non sembra, per nulla, fuori posto; anzi, come afferma correttamente l’Albanese, il passo deriva dal *libro quarto ad edictum provinciale*, dove si parla proprio dell’*actio de dolo*<sup>236</sup>.

Segue nell’*excursus* dei testi da me compiuto un brano molto importante, avente il seguente tenore:

D. 4, 3, 7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Et eleganter Pomponius haec verba ‘si alia actio non sit’ sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Ai fini della nostra dimostrazione è sufficiente la parte iniziale del passo<sup>237</sup>, cioè *Et – poterit*, dove Ulpiano ci trasmette molto chiaramente il pensiero di Pomponio. Quest’ultimo giurista romano pensava, infatti, che la clausola *si alia actio non erit* dovesse intendersi in maniera notevolmente estensiva, ovvero come applicazione dell’*actio de dolo* anche nei casi in cui fosse mancato alla vittima del

---

<sup>235</sup> Così G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 160.

<sup>236</sup> B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell’actio de dolo*, cit., p. 209.

<sup>237</sup> Ad ogni modo, su questo testo ci si soffermerà specificamente nel Cap. IV di questa Sezione.

dolo qualunque altro rimedio o mezzo processuale per potersi utilmente tutelare (*si res alio modo salva esse non poterit*)<sup>238</sup>.

Successivamente, sono da confrontarsi D. 4, 3, 7, 9 e D. 17, 1, 8, 1, riportati qui di seguito:

D. 4, 3, 7, 9 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. Et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac 'si collusum est': alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo;*

D. 17, 1, 8, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Sed et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit dandam ait.*

Nei due passi, molto simili, si dà il seguente caso: il *procurator* di un soggetto lascia assolvere, *dolo malo*, un soggetto terzo da lui stesso convenuto in giudizio per conto del rappresentato. Il primo frammento si interpreta, di regola, pensando ad una precedente collusione – assolutamente palese nel secondo testo, per via dell'accusativo *collusionem* – tra il *procurator* stesso e il terzo in seguito assolto. E non può essere altrimenti se compariamo i due passi, i quali si completano a vicenda.

---

<sup>238</sup> Cfr. G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 20 ss.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 187 ss. Quest'ultimo, sulla scia della sua interpretazione avente ad oggetto il temperamento dell'insolvenza del terzo ai fini della concessione dell'*actio de dolo* contro il *deceptor*, afferma che "la traduzione logica operata da Pomponio... copre bene tutta l'interpretazione giurisprudenziale precedentemente riferita da Ulpiano. E cioè: sia l'interpretazione di *actio* in senso estensivo fino a comprendere qualsiasi rimedio processuale; sia l'efficacia preclusiva rispetto all'*a. de dolo*, di un rimedio eventuale contro un terzo; sia... l'esclusione di quest'ultima evenienza, ove il rimedio contro il terzo si profili in partenza come inefficace per la notoria insolvenza di lui". *Contra* A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 286.

Giova ricordare, inoltre, che il verbo *passus sit* può intendersi solamente in una maniera: il *deceptor* è il *procurator* e su questo non ci devono essere dubbi, tanto più vedendo che il costrutto sintattico è corretto: il soggetto, infatti, è il *procurator* (al nominativo), il verbo deponente *pati* è al congiuntivo perfetto e l'espressione successiva, *vincere adversarium meum*, è formata dal verbo all'infinito (*vincere*) più il complemento oggetto all'accusativo (*adversarium meum*)<sup>239</sup>.

Chiarito questo punto, nella seconda riga del testo si pone una *quaestio* fondamentale: si può esperire l'*actio de dolo* nei confronti del terzo assolto a causa del *dolus malus* del *procurator*? Questa domanda si comprende solo facendo riferimento all'applicazione della regola della sussidiarietà dell'azione di dolo, nonché confrontando il testo ancora una volta con D. 17, 1, 8, 1, che è molto utile. In effetti, argomentando anche sulla base di quest'ultimo frammento, si possono formulare le seguenti conclusioni: contro il *procurator* può senza dubbio darsi l'*actio mandati*, la quale, essendo *alia actio*, si inserisce perfettamente nella clausola *si alia actio non erit*, non ammettendo, così, il ricorso all'azione di dolo. Ma ciò non avviene, ovviamente, nel caso (riportato dall'ultima parte del passo) in cui l'*actio mandati* (= *alia actio*) si manifesti infruttuosa a causa dell'insolvenza del *procurator*, dato che, conformemente al temperamento (rappresentato dall'insolvenza stessa) alla regola della sussidiarietà, si potrà porre in essere l'*actio de dolo* contro il terzo<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> Cfr. B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 341 ss. Questo Autore risponde per le rime ad A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., pp. 286-287, secondo cui, nel caso specifico, "... Ulpiano non parla di *collusio* o di *praevaricatio*, bensì di un *procurator* che *dolo malo* non si oppone alle difese del convenuto, lasciando che venga assolto; a termini di interpretazione letterale, l'autore del dolo sembrerebbe il *procurator*, ma se così fosse, non vi sarebbe ragione di domandarsi se spetti l'*ad.* contro B, estraneo alla *machinatio*; dunque, è evidente che l'autore del dolo è B e che la vittima delle sue male arti è stato il *procurator* di A". A ben vedere, l'interpretazione di Guarino non può essere esatta, anche solo per il rilievo sopra esposto in riferimento al verbo *pati*. Per poter compiere un'esegesi come quella dell'eminente romanista napoletano, bisognerebbe paradossalmente eliminare tutta la costruzione sintattica iniziale del passo e sostituirla con una nuova, dato che il congiuntivo *passus sit* può essere inteso solo nel senso sopra esposto nel testo.

<sup>240</sup> Così B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 342 ss., il quale opta per la classicità dell'ultima parte di D. 4, 3, 7, 9, per lo più con l'appiglio non indifferente di D. 17, 1, 8, 1. *Contra* G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 772 ss., secondo cui "nel fr. 7 § 9, non si può contestare che la frase finale, ove precisamente, è dichiarata – con un'improvvisa e non logica appiccatura a discorso concluso – che l'azione di dolo debba

Di sicuro interesse, ai fini della trattazione, è anche:

D. 4, 3, 7, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut posto libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum. Ego moveor: quemadmodum de dolo actio dabitur, cum sit alia actio? Nisi forte quis dicat, quoniam exceptione patronus summoverti potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam: atquin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. Expromissori plane adversus manumissum dari debet de dolo: aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur.*

Tale passo, secondo la dottrina romanistica, è stato in larga misura oggetto di interpolazioni. Ad esempio, il Longo depennava alcuni tratti davvero consistenti, come l'intero periodo che va da *Nisi* sino ad *accipere*, nonché la frase a questa successiva, ossia da *Expromissori* a *dabitur*<sup>241</sup>.

Le parti espunte, tuttavia, non esimono da un tentativo di spiegazione della fattispecie – dibattuta da Pomponio – oggetto del passo, peraltro molto articolata: il *servus* stipula con il suo *dominus* una c.d. *pactio pro libertate*, tramite la quale il patrono stesso si impegna a manometterlo, e quest'ultimo, in cambio, offre un terzo soggetto (*reus*), il quale a sua volta si obbliga (con *stipulatio*) nei riguardi del *dominus* stesso, al fine di adempiere alle obbligazioni assunte. Inoltre, lo schiavo, dopo aver ottenuto l'affrancamento, provvederà ad assumere in capo a se stesso gli

---

giudicarsi esperibile perché l'*alius* è insolubile, sia frutto di alterazione". Anche con riferimento a D. 17, 1, 8, 1 il Longo ritiene palese "... l'interpolazione di quella sua parte, nella quale, con un passaggio improvviso, e quindi illogico, si tenta giustificare la concessione dell'azione di dolo, con l'aria di non dire una cosa nuova, mentre, in effetti, si crea una novità sostanziale nella trama del passo utilizzato. Evidente è, perciò, il segno di una seconda mano, che è passata in questo luogo".

<sup>241</sup> G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 153 ss. Condivide tale esegesi anche B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 219 ss.

obblighi (nei confronti del *dominus*) fino a quel momento a carico del terzo, operando così una novazione (soggettiva). Tuttavia, dopo esser stato affrancato, il liberto si rifiuta di procedere alla novazione, indispensabile per assumere su di sé gli obblighi. E la risposta di Pomponio – così come riferita da Ulpiano – a questa evenienza è per la sicura esperibilità dell'*actio de dolo*, senza meglio specificare, però, chi sia il legittimato attivo e chi quello passivo<sup>242</sup>.

A questa prima soluzione segue un'ulteriore alternativa, introdotta dal forte avversativo *Sed*, ove è il *dominus* stesso a non addivenire alla novazione. In questa ipotesi, più complessa della precedente, Pomponio afferma (*dicendum ait*) la proponibilità da parte del terzo garante di una *exceptio* volta a paralizzare l'iniziativa (processuale) del patrono stesso<sup>243</sup>.

Nella parte finale del passo, inoltre, si ribadisce il principio di sussidiarietà dell'*actio de dolo*, ma risulta complicato seguire il filo del discorso, non molto coerente e lineare<sup>244</sup>.

### 1.1. L'*actio de dolo*: la posizione di Labeone

Oltre all'indirizzo correttivo – rappresentato dall'insolvenza dell'*alius* – teso a espandere la tendenza fortemente restrittiva di applicazione dell'*actio de dolo* da parte della giurisprudenza romana, si manifesta, a partire da Labeone, un

---

<sup>242</sup> Tuttavia, il legittimato passivo non può che essere lo schiavo manomesso, a meno che l'intento non sia quello di svuotare di senso tutto il passo. Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 221, il quale sostiene, inoltre, che la legittimazione attiva dell'azione di dolo sia indubbiamente da considerarsi in capo al terzo garante. Segue quest'ultima interpretazione anche G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 776.

<sup>243</sup> Sul punto B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 221 ss.

<sup>244</sup> Secondo R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, Jovene, 1983, p. 61 ss., "il testo è, nell'attuale stesura, oscuro, tortuoso; e questa difficoltà di lettura spiega tante oscillazioni ed incertezze nella sua interpretazione. Il *sed si*, l'*ego moveor*, il *nisi forte*, l'*atquin*, il *plane* sono tutti segni di un discorso che, pur muovendosi in una direzione precisa, conosce deviazioni, irregolarità, cesure. Un andamento complesso, disuguale". Ancora più radicale è la critica di G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 776, il quale afferma che la continuazione del passo è "... un centone di bizantinismi, di glossemi e, forse, di interpolazioni che hanno operato in parte sui glossemi preesistenti e li hanno rabberciati e ricuciti". Non accenna minimamente ad alterazioni di sorta, G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Julian-Marcellus)*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, pp. 90-91.



orientamento volto invece ad allargarne ulteriormente le possibilità di utilizzazione, sulla base dell'espressione *si dubitetur an alia (actio) sit*<sup>245</sup>.

Il pensiero del grande giurista augusteo è ben espresso in:

D. 4, 3, 7, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. Qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. Sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.*

Il passo riportato da Ulpiano sembra sostanzialmente genuino, a parte alcuni punti in cui la dottrina romanistica ha voluto ravvisare tracce di origine postclassica, come, ad esempio, nelle espressioni *vel ex venditione vel* oppure *in ex empto-in ex stipulatu*<sup>246</sup>.

Sulla base di questi rilievi, nel frammento si danno sostanzialmente due ipotesi: la prima riguarda una obbligazione di *dare servum* derivante da una *stipulatio*; la seconda, invece, deriva da un negozio di compravendita (*emptio-venditio*) avente ad oggetto un fondo.

L'esegesi del brano risulta però molto articolata, come dimostra anche il contributo dell'Albanese, soprattutto sulla base del fatto che una delle due ipotesi sopra riferite è probabilmente da espungere dal testo. Secondo il grande romanista siciliano deve eliminarsi l'ipotesi riguardante la compravendita del fondo, in quanto

---

<sup>245</sup> Cfr. G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 150; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 230 ss.; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., p. 62. Su questo passo si veda, inoltre, G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, cit., pp. 239-240.

<sup>246</sup> Si veda, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 231.

risulta essere sostanzialmente diversa dalla prima. E ciò per il seguente motivo: nell'ipotesi del *servus* l'obbligazione in capo al debitore di consegnare il primo al creditore pare adempiuta, sebbene il servo sia stato avvelenato prima del trasferimento; mentre, nella seconda ipotesi, non è così, poiché il *fundus* trasferito al patrono ha caratteristiche differenti rispetto alla pattuizione iniziale, ovvero risulta essere gravato da servitù prediale oppure senza alberi o edifici<sup>247</sup>.

Quindi, se si prende in esame soltanto la prima delle due fattispecie e si conclude per il formale adempimento da parte del debitore, si può meglio comprendere il dubbio di Labeone avente ad oggetto la concessione o meno dell'*actio de dolo* al posto dell'*actio ex stipulatu*. Infatti, se il nuovo principio ammette la possibilità di esperire l'azione di dolo anche nel caso di dubbio sulla effettiva proponibilità di *alia actio*, può significare che, in caso di adempimento dell'*obligatio* si potrà concedere l'*actio de dolo* e non vi sarà la necessità di esperire l'*alia actio*, ossia l'*actio ex stipulatu*. Se, al contrario, riteniamo il caso dello schiavo avvelenato e consegnato al *dominus* come una ipotesi di inadempimento (almeno parziale), non sembra possibile altra azione se non quella *ex stipulatu*<sup>248</sup>.

È molto probabile, infine, che il dubbio di Labeone vertesse solo ed esclusivamente sull'applicazione dell'azione di dolo nei riguardi di una *stipulatio* pura e semplice, non credendo possibile che il grande giurista romano si interrogasse sulla spettanza o meno dell'*actio ex stipulatu* quando vi fosse stata una precedente pattuizione (tra le parti del negozio) volta a inserire in quest'ultimo la c.d. *clausula doli*, la quale avrebbe pacificamente consentito loro di servirsi, appunto, dell'*actio ex stipulatu*<sup>249</sup>.

Successivamente, risulta utile passare in rassegna un ulteriore frammento che può rivelarsi utile ai fini di una miglior comprensione del principio labeoniano *si dubitetur an alia (actio) sit*. Il testo è:

---

<sup>247</sup> *Ivi*, pp. 232-233.

<sup>248</sup> *Ivi*, p. 233 ss.

<sup>249</sup> *Ivi*, p. 237.

D. 4, 3, 7, 7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Qui Ulpiano riporta un caso discusso da Labeone, il quale si pone la seguente *quaestio*: è prevedibile l'azione di dolo nei confronti di un soggetto che abbia slegato un *servus* di proprietà altrui e lo abbia lasciato fuggire? Nel caso specifico, un altro giurista, Quinto, optava per la concessione dell'*actio furti* contro il liberatore, se quest'ultimo avesse agito senza spirito di compassione; al contrario, se questi avesse agito con *humanitas*, era prevista contro di lui solamente una *actio in factum*<sup>250</sup>. È ipotizzabile che i dubbi di Labeone in ordine alla concessione dell'azione di dolo nel caso concreto facciano propendere per una sua risposta affermativa alla *quaestio*, rispettando così il principio *si dubitetur an alia (actio) sit*<sup>251</sup>; ma, obiettivamente, non ci è dato sapere di più e tutte le affermazioni che si possono fare si risolvono in semplici congetture<sup>252</sup>.

Ciò brevemente considerato, si può ora dare una rapida scorsa all'ultimo frammento utile ai fini della trattazione sul principio sviluppato da Labeone, e cioè:

D. 4, 3, 9, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat. Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur.*

---

<sup>250</sup> Non ha dubbi sull'origine compilatoria del passo, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., pp. 258-259; ID., *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 777. Non avanza alcuna obiezione sul brano, A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, cit., pp. 38-39.

<sup>251</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., pp. 242-243.

<sup>252</sup> Cfr. M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 46 ss.

La fattispecie, peraltro molto articolata, di cui parla il passo è la seguente: un soggetto, Tizio, afferma di essere il proprietario di una partita d'olio in possesso di un altro soggetto, *Tu*, il quale – presumibilmente con il consenso di Tizio – deposita l'olio stesso presso una terza persona, Seio, dandogli l'ordine di alienarlo e, successivamente, di consegnare la somma ricavata dalla vendita al vincitore della controversia sulla proprietà. Tizio, però, si rifiuta di *accipere iudicium* dopo l'effettuazione della consegna dell'olio al depositario che, come pattuito, lo aveva anche già venduto<sup>253</sup>.

Dopodiché, nel brano si afferma come non sia possibile per *Tu* convenire in giudizio Seio né con l'*actio mandati* né con l'*actio sequestraria*, a causa del mancato verificarsi della *condicio depositionis*. *Tu*, sulla base di queste premesse, sembra senza tutela. Ma così non è, in quanto Labeone ammette la possibilità di proporre l'*actio de dolo* contro Tizio.

Non è così, invece, per Pomponio, di cui si riferisce l'opinione nell'ultima parte del frammento. Egli, infatti, probabilmente "... perché fa specie pensare come Seio possa tenere per sé in modo ingiustificato l'importo ottenuto dalla vendita dell'olio"<sup>254</sup>, prevede l'*actio praescriptis verbis* nei confronti di quest'ultimo da parte di *Tu*, concedendo l'azione di dolo solo ed esclusivamente nel caso in cui Seio si manifesti in stato di insolvenza.

---

<sup>253</sup> La dottrina si continua a interrogare su quale possa essere la qualificazione del negozio conclusosi tra *Tu* e Seio. Ad esempio, A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 288, sostiene si tratti di "... una specie di *depositio in sequestrem* con mandato ad alienare la deperibile merce ed a conservarne il prezzo sinché la lite sia risolta". *Contra* B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 255 ss., il quale spiega una serie di punti molto utili alla sua lunga esegesi del frammento. Innanzitutto, secondo quest'ultimo Autore, non si potrebbe trattare di deposito per l'ovvio rilievo che non si prevede né la custodia né la restituzione da parte di Seio. In secondo luogo, non può essere sequestro per mancanza di requisiti essenziali. In terzo luogo, non si può trattare di pattuizione suscumbibile nel più ampio *genus* dei contratti innominati. Da ultimo, e qui sta la soluzione proposta dall'Albanese, la fattispecie esaminata non è altro che un mandato c.d. *mea et aliena gratia*.

Di letteratura sul brano ve n'è molta. Tra gli Autori italiani, cfr., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4. 3. 9. 3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 199 ss.; A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, in *SC*, 7, 1995, p. 27 ss. Per quanto concerne invece la letteratura straniera, si faccia riferimento a G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, cit., pp. 237-238; ID., *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus)*, cit., pp. 88-89.

<sup>254</sup> Così A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, cit., p. 32.

## 1.2. L'*actio de dolo*: ambito di applicazione

A seguito della breve disamina di alcuni testi rilevanti ai fini di meglio comprendere il requisito della sussidiarietà dell'azione di dolo, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Il pretore, dopo aver accertato l'assenza di altri rimedi esperibili, era tenuto a valutare se fosse presente una causa apprezzabile (*si iusta causa esse videbitur*) per concedere l'*actio de dolo*.

Il presupposto della *iusta causa*, tuttavia, rimaneva in secondo piano rispetto al primo, in quanto quest'ultimo era soggetto a una valutazione di primaria importanza da parte del pretore, dovuta al carattere sussidiario della stessa *actio de dolo*. In altri termini, se il pretore aveva la possibilità di concedere alla parte interessata l'*alia actio* al posto dell'azione di dolo, doveva procedere in questa maniera senza minimamente accertare la *iusta causa* nel caso concreto<sup>255</sup>. Così intesa, l'*actio de dolo* sembrava non rappresentare altro che un rimedio di carattere eccezionale, sottoposto a una serrata *causae cognitio* pretoria.

In realtà, non fu così. Infatti, la giurisprudenza romana non si mantenne all'interno dei confini di una interpretazione di carattere restrittivo dell'azione di dolo<sup>256</sup>. E questo per una serie di motivi che cercherò di elencare:

α) A livello definitorio è ormai pacifico lo sviluppo che, attraverso Labeone, ebbe il concetto di *dolus malus*. Dall'*aliud simulatur, aliud agitur* di Aquilio Gallo, passando poi per Servio Sulpicio Rufo, si arrivò alla definizione del giurista augusteo: *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*. In altri termini, l'*actio de dolo* "... non fu ristretta a reprimere quel contegno... in cui potesse ravvisarsi un'antitesi tra l'azione esteriore e la mentita intenzione, ma si estese a tutela contro ogni atto diretto a raggirare, trarre in errore, ingannare taluno"<sup>257</sup>;

<sup>255</sup> Sul punto, v. *supra*, in questo Cap.

<sup>256</sup> Cfr. G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., pp. 714-715.

<sup>257</sup> Le parole tra virgolette appartengono a G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 246.

β) La sussidiarietà dell'*actio de dolo* non venne sempre interpretata dalla giurisprudenza romana come regola assoluta e incontrovertibile. In realtà, essa fu oggetto di temperamenti e, di conseguenza, “disapplicata” sulla base di ragioni di equità nel caso concreto, come accadde, ad esempio, nei casi di insolvenza del terzo contro cui era stata concessa l'azione derivante dal rapporto dedotto in giudizio;

γ) L'applicazione dell'*actio de dolo* venne estesa ai casi in cui *si dubitetur an alia (actio) sit* ad opera di Labeone. Così facendo, “l'esistenza di uno *ius controversum*, quando riguarda mezzi esperibili in alternativa all'*actio de dolo*, finisce con il neutralizzare il principio di sussidiarietà”<sup>258</sup>.

Basandoci su queste premesse, dunque, si può concludere dicendo che, in tutto il suo periodo di applicazione, l'azione di dolo romana non fu un rimedio previsto in ipotesi eccezionali e di carattere strumentale o secondario; al contrario, essa rappresentò uno strumento generale a difesa delle ragioni della parte tratta in inganno dal contegno fraudolento dell'altrui soggetto, dal quale fosse derivato “... un pregiudizio non altrimenti riparabile attraverso gli ordinari rimedi esistenti”<sup>259</sup>.

## 2. L'*exceptio doli*

Oltre all'*actio de dolo* il pretore romano introdusse, verso la fine del periodo repubblicano, la c.d. *exceptio doli* (“eccezione di dolo”). Sulla sua origine precisa non si conosce nulla di certo. Anche qui, tuttavia, ci può aiutare la testimonianza di

---

<sup>258</sup> In questa maniera M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 558. Sul principio *si dubitetur an alia (actio) sit*, v. *supra*, p. 91 ss.

<sup>259</sup> Così M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 38, la quale aggiunge che “... l'*actio doli*, nella lata accezione in cui viene ora intesa e nelle applicazioni pratiche, assume ormai le caratteristiche di rimedio generale a tutela della *bona fides*, che del *dolus* rappresenta l'antitesi”. Similmente B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 215. Inoltre, sono corrette, in questo senso, le osservazioni di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 104, quando spiega che l'*actio de dolo* venne concessa anche “... in casi nei quali una delle parti si fosse maliziosamente comportata in confronto dell'altra nel tempo successivo [alla conclusione del negozio]...”. Questa è l'ipotesi del c.d. *dolus praesens*. Alla stessa maniera anche E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 181-182.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti tra dolo e buona fede si faccia riferimento a E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 255 ss.; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 302 ss.

Cicerone inerente all'introduzione delle *formulae de dolo* da parte del suo amico e giurista Aquilio Gallo (Cic., *De off.* 3, 14, 58-60)<sup>260</sup>. Quest'ultimo, famoso soprattutto per la sua definizione di *dolus malus* (*aliud simulatur, aliud agitur*) e per l'*actio de dolo*, non ebbe lo stesso ruolo anche con riferimento all'*exceptio doli*, in quanto la dottrina romanistica ritiene comunemente che il plurale *formulae* non alluda sia all'azione di dolo che all'*exceptio doli*, ma soltanto alla prima delle due, da Aquilio effettivamente introdotta<sup>261</sup>. Tuttavia, almeno in linea di massima, è da ipotizzare che l'*actio de dolo* e l'*exceptio doli* siano state introdotte in un arco di tempo relativamente ristretto, vicine l'una all'altra<sup>262</sup>.

La formula dell'*exceptio doli* trova espressione nelle Istituzioni di Gaio: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*<sup>263</sup>. Come si desume dalla chiara formulazione gaiana, i due tempi verbali sono diversi e importano una distinzione di fondamentale importanza: da un lato, in forza dell'*exceptio*, vi può essere l'accertamento, da parte del giudice, del *dolus malus* compiuto dall'attore nel passato, cioè al momento della conclusione del negozio giuridico, sulla base del quale l'attore stesso fonda la sua domanda in giudizio, al fine di ottenerne l'adempimento da parte del convenuto (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit*); dall'altro lato, invece, l'accertamento del giudice ha ad oggetto il *dolus malus* perpetrato dall'attore nel presente, ossia al momento stesso dell'esercizio dell'azione, in quanto si ritiene tale esercizio manifestazione di un comportamento contrario alla *bona fides* (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii... fiat*).

Utilissima, da questo punto di vista, è la spiegazione data da Ulpiano in:

---

<sup>260</sup> V. *supra*, p. 48, nt. 137.

<sup>261</sup> Così A. BURDESE, s.v. "Exceptio doli" (*diritto romano*), cit., p. 1073. Alla stessa maniera C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., p. 682, nt. 20. Così anche M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, cit., p. 136. *Contra* C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, parte prima, Torino, Giappichelli, 2003, secondo cui Aquilio Gallo introdusse sia l'*actio de dolo* che l'*exceptio doli* intorno al 77/76 a.C.

<sup>262</sup> Così A. BURDESE, s.v. "Exceptio doli" (*diritto romano*), cit., p. 1073. Cfr. D. 44, 4, 2 pr.: *Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio* ("È chiaro poi che questa eccezione fu proposta per la medesima causa per la quale fu proposta l'azione di dolo"). Per il presunto precedente storico dell'*exceptio doli* è utile fare sempre riferimento all'opera di Cic., *Ad Att.* 6, 1, 15, dove l'Arpinate conferma l'esperibilità di un rimedio contro il dolo nella provincia d'Asia, introdotto da Quinto Mucio Scevola intorno al 100 a.C. Sul punto v. anche *supra*, p. 48, nt. 137.

<sup>263</sup> Gai 4, 119.

D. 44, 4, 2, 3-5 (Ulp. 76 ad ed.): *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et <-> si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem. 4. Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli. Et quidem et de pacto convento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilo minus poterit: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest. 5. Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose [nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat].*

In questo lungo passo si fa riferimento a una *stipulatio certae pecuniae*, negozio verbale per eccellenza, in cui lo *stipulator* si faceva promettere una determinata somma di denaro. In particolare, Ulpiano analizza le seguenti ipotesi: *stipulatio* sprovvista di causa e *stipulatio* munita di *iusta causa* al momento della sua conclusione, la quale viene però meno in seguito. In entrambi i casi è prevista l'*exceptio doli* (a favore del convenuto) da parte del giurista, per lo più in assenza di qualsiasi tipo di attività ingannatoria perpetrata da uno dei due soggetti del negozio. La mancanza di qualsiasi inganno, tuttavia, non è un caso. Infatti, gli esempi appena riportati riguardano l'*exceptio doli generalis seu praesentis*



(“eccezione di dolo generale o presente”), la quale si contrappone all’*exceptio doli specialis seu praeteriti* (“eccezione di dolo speciale o passato”)<sup>264</sup>.

La prima, come già si è detto, può essere opposta dal convenuto a causa di un comportamento di mala fede – contrario, quindi, ai generali criteri di lealtà e correttezza – tenuto dall’attore al momento dell’esercizio dell’azione, a prescindere da qualsiasi inganno o reticenza (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii... fiat*)<sup>265</sup>; mentre, la seconda è la sola che attiene propriamente alla tematica del dolo negoziale, proponibile dal raggirato avverso l’azione dell’attore che lo convenga in giudizio ai fini dell’adempimento del negozio (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit*)<sup>266</sup>.

L’*exceptio doli* non è *in rem scripta* come l’*exceptio metus*<sup>267</sup>, e ciò comporta che, nel momento in cui essa venga espressamente opposta dal convenuto nella fase *in iure* del processo e inclusa nella *formula*, dovrà necessariamente specificarsi la persona del *deceptor*<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> Tale distinzione tra *exceptio doli specialis* ed *exceptio doli generalis* non è, ovviamente, romana, ma si fonda sul pensiero degli interpreti successivi, sulla base di appigli terminologici nelle fonti. Così A. BURDESE, s.v. “*Exceptio doli*” (*diritto romano*), cit., p. 1073.

<sup>265</sup> In questo particolare caso, quindi, il dolo si riscontra nell’uso di uno strumento processuale, in sé legittimo (secondo il *ius civile*), ma che il pretore – per ragioni di equità – ritiene essere necessario di reazione, attraverso l’*exceptio doli generalis*, appunto. Pertanto, colui che agisca, sulla base di un mezzo processuale previsto dal diritto, ma iniquo nelle sue conseguenze, è considerato “come se” avesse agito con dolo.

<sup>266</sup> In via generale, sul punto, cfr., E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., pp. 180-181; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 239-240. Più nello specifico, C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., p. 32 ss. Con particolare riferimento all’*exceptio doli generalis seu praesentis*, si veda G. MERUZZI, *L’Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2005. Infine, molto approfonditi e specifici sono i contributi dei vari Autori in L. GAROFALO (cur.), *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit.

Nell’ottica del diritto privato, invece, è ottimo il contributo di G.L. PELLIZZI, s.v. “*Exceptio doli*” (*diritto civile*), in *NNDI*, 6, 1960, pp. 1074-1080, secondo cui l’*exceptio doli generalis* “... dovrebbe consistere invece in un rimedio che non trae origine da una semplice precisazione marginale dei termini di un’obbligazione, e non mira a ottenere né la dichiarazione d’inefficacia (in senso lato) d’un atto o negozio, né la condanna ad un risarcimento, bensì – in modo immediato e, d’altro lato, esclusivo di altri effetti – l’estinzione o comunque la reiezione della pretesa altrui, in quanto manifestazione dolosa dell’esercizio del diritto sulla quale la pretesa si fonda”. Sempre in quest’ambito notevoli sono anche le trattazioni di A. TORRENTE, s.v. *Eccezione di dolo*, in *EdD*, 14, 1965, pp. 219-222, e di F. RANIERI, s.v. *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 7, 1991, pp. 311-331.

<sup>267</sup> V. soprattutto *infra*, p. 129 ss.

<sup>268</sup> Cfr. D. 44, 4, 2, 1: *Sequitur ut videamus in quibus causis locum habeat exceptionem, et quibus personis obiciatur. Et quidem illud annotandum est, quod specialiter exprimendum est de cuius dolo quis quaeratur, non in rem, “si in ea re dolo malo factum est”, sed sic, “si in ea re nihil*

Inoltre, non può essere proposta contro determinati attori, quali i *parentes* o i *patroni*, in virtù del rispetto loro dovuto da parte dei convenuti che siano discendenti oppure liberti<sup>269</sup>.

Infine, a differenza dell'*actio de dolo*, non è caratterizzata da alcun termine di proposizione particolare. È, quindi, perpetua<sup>270 271</sup>.

---

*dolo malo actoris factum est". Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat.*

<sup>269</sup> Cfr. D. 44, 4, 4, 16.

<sup>270</sup> D. 44, 4, 5, 6.

<sup>271</sup> In conclusione, rilevo la molto dibattuta esistenza di una c.d. *in integrum restitutio propter dolum*. La maggior parte degli studiosi o non la menzionano nemmeno (così, ad esempio, C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, cit., oppure M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., oppure P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit.) oppure ne riducono la trattazione in poche righe (così, ad esempio, G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 716, oppure E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 183, oppure A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 387). L'unico grande romanista italiano che dedica alcune importanti osservazioni sulla *in integrum restitutio ob dolum* resta B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 190 ss., secondo cui vi sono importanti testimonianze circa l'esistenza e l'applicazione di tale tipo di *in integrum restitutio*. Esso sono, secondo l'Albanese, le seguenti: α) un passo delle *Pauli Sententiae* (Paul. Sent. 1, 7, 2) dove si afferma che *Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per... dolum gesta esse dicuntur*; β) un passo della *Pro Flacco* di Cicerone (Cic., *Pro Fl.* 30, 74); γ) un passo di Marcello in D. 4, 1, 7, 1, dove si afferma la possibilità di concedere la *in integrum restitutio* anche ai *decepti sine culpa sua (maxime si fraus ab adversario intervenerit)*; δ) due passi di Giuliano: il primo (D. 2, 10, 3, 1) fa riferimento a un'*actio restitutoria* nei confronti di un terzo; il secondo (D. 11, 1, 18) tratta dell'azione contro colui che avrebbe tratto vantaggio dal *dolus* del convenuto del giudizio precedente.





## Capitolo IV

### *Il dolo e la violenza del terzo nel diritto romano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di ‘terzo’ nel diritto romano: precisazioni. – 3. Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche della diversità di disciplina. 3.1. L’*intentio in personam scripta* presente nella formula dell’*actio de dolo* e il confronto con l’*intentio in rem scripta* dell’*actio quod metus causa*. 3.2. La presenza dell’*infamia* come conseguenza della condanna derivante dall’esercizio dell’*actio de dolo* e assenza della medesima caratteristica nell’ambito dell’*actio quod metus causa*. 4. Ulteriori considerazioni sulla diversa costruzione processuale dell’*actio de dolo* rispetto all’*actio quod metus causa*. 5. Incidenza sul piano sostanziale della diversa costruzione processuale dell’*actio de dolo* rispetto all’*actio quod metus causa*. 6. La formulazione *in rem scripta* dell’*exceptio doli* e la formulazione *in rem scripta* dell’*exceptio metus*. Precisazioni sull’*exceptio doli* concessa nei confronti di ‘terzi’ e breve esegesi delle fonti sul tema. 7. Esegesi delle fonti specifiche in materia di dolo del terzo (casistica). A) Un caso di mancata ‘*magna et evidens calliditas*’ del terzo a confronto con un caso di dolo del terzo. B) Un caso celebre. La vendita viziata dal dolo dello schiavo. B.1) La fattispecie nel dettaglio. I dubbi e le soluzioni della dottrina con specifico riferimento alla menzione dell’*actio de dolo* e della nullità della compravendita. In particolare, l’interpretazione proposta da Maria Floriana Cursi. B.2) Segue: L’interpretazione di Maria Floriana Cursi: risoluzione del problema relativo alla compatibilità del principio di sussidiarietà dell’*actio de dolo* con quanto sostenuto da Giuliano nella fattispecie concreta. B.3) Segue: L’interpretazione di Maria Floriana Cursi: conclusioni e critica. B.4) L’interpretazione di Tommaso dalla Massara. Conclusioni e critica. B.5) Una ulteriore possibile soluzione. B.6) La posizione giuridica dello schiavo. C) Ipotesi di dolo negli atti negoziali unilaterali.

## 1. Premessa

Il tema del dolo del terzo non aveva mai ricevuto, se non in via incidentale<sup>272</sup>, particolari attenzioni da parte degli studiosi del diritto romano, e ciò – almeno a parere di chi scrive – a causa del limitato numero di fonti in materia. Di recente, tuttavia, è stata pubblicata la tesi di dottorato di un giovane studioso tedesco, il cui merito principale – tra gli altri di certo non meno importanti, di cui si darà conto nel prosieguo della presente ricerca – è stato quello di conferire la dovuta importanza a tale tematica<sup>273</sup>.

Sulla scia di questi nuovi studi, nella presente sezione del contributo si proporrà – dopo aver preliminarmente precisato la nozione di ‘terzo’ nel diritto romano e aver considerato le diversità di disciplina in materia di dolo e violenza rispettivamente del terzo – la rilettura esegetica di alcuni frammenti delle Pandette di Giustiniano relativi al dolo del terzo (in materia negoziale), con il precipuo scopo:

- a) di dare conto dell’assunto per cui nel diritto romano il comportamento fraudolento del terzo è da considerarsi irrilevante in ambito negoziale;
- b) di individuare – qualora ve ne fossero – le eccezioni a tale assunto e quale è la portata delle stesse.

---

<sup>272</sup> Così accade con particolare riferimento al carattere di sussidiarietà dell’*actio de dolo*, dove i vari contributi dei romanisti parlano in via, appunto, incidentale del dolo del terzo, cercando così di corroborare le loro tesi sulla sussidiarietà stessa. In questa maniera, ad esempio, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell’actio de dolo*, cit., p. 189 ss.

<sup>273</sup> Si tratta di S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. Come si intuisce dall’ampiezza del titolo del lavoro appena citato, l’Autore ha inteso prendere in considerazione non soltanto il dolo del terzo, ma anche la violenza del terzo, partendo dall’analisi delle fonti del diritto romano sino ad arrivare a esporre tali problematiche nel diritto attuale (con comparazione tra i sistemi di *Civil law* e quelli di *Common law*). Bisogna, peraltro, puntualizzare che nel lavoro di questo studioso, il concetto di ‘terzo’ – almeno per quanto concerne la prima parte del lavoro dal titolo *Die römisch-rechtlichen Grundlagen* – è lato. Egli, infatti, non tenta lo sviluppo di una definizione giuridica di terzo nel diritto romano, ma vede genericamente il terzo come *dritte Person* all’interno di una determinata fattispecie o nell’ambito di uno specifico rapporto giuridico. Di conseguenza, a fronte di una tale concezione potrebbe essere terzo anche uno schiavo, un procuratore, un tutore, tutti soggetti, questi ultimi, che sarebbero da considerarsi genericamente ausiliari (*Hilfspersonen*) rispetto ai soggetti a cui prestano il loro ausilio.

## 2. La nozione di ‘terzo’ nel diritto romano: precisazioni

Affrontare il tema del dolo negoziale del terzo nel diritto romano risulta una operazione complessa sotto diversi profili. Già a prima vista – e ciò è una preoccupazione tipica del giurista moderno –, si riscontra un evidente problema definitorio. Infatti, a differenza di quanto accade nella moderna teoria contrattualistica, nel diritto romano non è possibile rinvenire la definizione del concetto di ‘terzo’<sup>274</sup>. Tale assenza è spiegabile, da un lato, tenendo conto della *forma mentis* fortemente pragmatica del giurista romano, volta alla soluzione del caso concreto piuttosto che all’astrazione e alla sistemazione concettuale<sup>275</sup>; dall’altro lato, avuto riguardo alla struttura e al regime delle *obligationes ex contractu* (nella costruzione gaiana). Su questo secondo punto, che, rispetto al primo, avrebbe bisogno di una più ampia trattazione, non è possibile soffermarsi a lungo nella presente ricerca. Basti qui ricordare – nell’ambito di una evoluzione più volte lumeggiata dalla dottrina<sup>276</sup> –, il ruolo della *sponsio* quale ‘chiave di volta’ nel cambiamento di configurazione del rapporto obbligatorio. Già a partire dalle

---

<sup>274</sup> Sebbene non sia presente alcun termine latino equivalente alla nozione a noi usuale di ‘terzo’, è utile menzionare qui di seguito alcune espressioni degne di nota, tra le quali: a) *tertius* (nelle varie declinazioni), lemma che naturalmente può fuorviare, ma che, al contrario, o funge da nome proprio (come, ad esempio, in D. 28, 5, 16) o da aggettivo riguardante situazioni diversificate tra loro, ma assolutamente non riferibili a una generica terza parte rispetto al contratto (cfr. D. 19, 2, 24, 4); b) *alter* (nelle varie declinazioni), lemma che nelle fonti è forse quello più si avvicina al concetto di ‘terzo’ come lo si intende: si veda, ad esempio, D. 4, 3, 7, 6; D. 44, 4, 2, 1; D. 45, 1, 38, 17; c) *alienus* (nelle varie declinazioni), termine molto importante, per quello che qui ci interessa, in D. 44, 4, 11 pr.

Per la consultazione ci si è serviti sia delle opere cartacee (l’*Oxford Latin Dictionary* (edited by P.G.W. Glare), Oxford University Press, 2012<sup>2</sup>, coadiuvato dagli specialistici H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958<sup>10</sup> (ristampa inalterata dell’ed. Pubblicata a Jena nel 1907) e *VIR – Vocabularium iurisprudentiae Romanae* (iussu Instituti Savigniani compositum), edito da Berolini in vari tomi dal 1894 in poi, nonché dal monumentale *TLL – Thesaurus Linguae Latinae*, Lipsiae & Munich, K.G. Saur) che delle banche dati informatiche (*BIA. Bibliotheca Iuris Antiqui*, a cura di N. Palazzolo, Catania, 2000, ed *Amanuensis*, a cura di Günther Rosenbaum e Peter Riedlberger, 2016).

<sup>275</sup> La bibliografia sul tema è, come si può immaginare, vastissima. Sull’argomento, di recente, L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, Cedam, 2006, *passim*; EAD., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012<sup>2</sup>, p. 57 ss. e 113 ss.; M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, cit., pp. 187-243; E. STOLFI, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in L. VACCA (cur.), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC (Roma 22-23 febbraio 2013)*, Napoli, Jovene, 2014, p. 1 ss.

<sup>276</sup> Si veda, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 501 ss.

XII Tavole, a differenza dei *praedes* e dei *vades*, i quali costituivano forme di eterogaranzia, per cui rispondeva un terzo garante al posto del soggetto in capo al quale gravava il dovere di comportamento, la *sponsio* – anch’essa peraltro nata quale forma di eterogaranzia, ma a vincolo potenziale e non reale sull’ostaggio, che era invece peculiarità soltanto dei *praedes* e dei *vades* – rappresentava un atto per mezzo del quale il debitore poteva assumere simultaneamente il c.d. rapporto di dovere (‘Schuld’) e la relativa responsabilità (‘Haftung’), preannunciando così la struttura dell’*obligatio ex contractu* classica, avente quale momento centrale la prestazione, caratterizzata dalla patrimonialità e dall’inerenza alla persona del debitore.

In particolare, il carattere personale della prestazione operava non soltanto dal lato passivo, per cui non era più possibile assumersi la responsabilità del fatto del terzo, ma anche dal lato attivo, in modo tale che destinatario della prestazione potesse essere soltanto il soggetto che aveva preso parte al negozio. A ciò conseguiva l’esclusione – peraltro non assoluta<sup>277</sup> – del contratto a favore di terzi nel diritto romano, sintetizzata esplicitamente nella regola ‘*alteri stipulari nemo potest*’<sup>278</sup> e basata, appunto, sulla necessaria coincidenza tra le parti del rapporto e quelle del negozio.

---

<sup>277</sup> Era ad esempio concesso al terzo beneficiario la possibilità di esperire, ma soltanto in casi eccezionali, e comunque non prima della fine del III secolo d.C., una *actio utilis*.

<sup>278</sup> D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*

La letteratura sul tema, come è immaginabile, è molto ampia; pertanto, è il caso di ricordare soltanto i contributi principali: G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter: Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar, Böhlau, 1949 (con precedente letteratura); H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l’origine de la règle «alteri dari stipulari nemo potest»*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1970, p. 21 ss.; M. KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sogenannten unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in H. HÜBNER-E. KLINGMÜLLER-A. WACKE (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, Peter Hanstein Verlag, 1975, p. 75 ss. (ora anche in M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, Böhlau, 1986, p. 197 ss.); M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *EdD*, 29, 1979, p. 1 ss.; O. BEHREND, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1 ss. (ora anche in ID., *Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze*, II, herausgegeben von M. Avenarius, R. Mayer-Pritzl und C. Möller, Wallstein, Göttingen, 2004, p. 839 ss.); W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, p. 5 ss.; G.



Come è evidente, a fronte di tale rigidità, il rilievo del soggetto ‘terzo’ non poteva che essere circoscritto a ipotesi particolari, da valutare caso per caso, senza incorrere in generalizzazioni. Ciò significa, in altri termini, che fornire una definizione del concetto di ‘terzo’ nel diritto romano non soltanto è impresa ardua, ma anche in una certa misura fuorviante.

Pertanto, coerentemente con tali premesse, non si cercherà qui di fornire una definizione di ‘terzo’ suscettibile di fungere da contenitore, vale a dire tale da ricomprendere al suo interno le fattispecie concrete che verranno in seguito singolarmente trattate. Al contrario, si tenterà di precisare il concetto di ‘terzo’ ipotesi per ipotesi, nell’ambito dell’esegesi dei brani del Digesto che si riterranno in tal senso rilevanti.

Ciò considerato, si deve parimenti tener conto del fatto che la scelta di limitare la presente ricerca al dolo del terzo e alla violenza del terzo – e ciò vale, soprattutto, per la sezione romanistica, ove la prospettiva del dolo quale delitto si intreccia inesorabilmente con quella volontaristica – comporta da questo punto di vista minori difficoltà. Può infatti considerarsi ‘terzo’, nel senso che qui si intende, ogni soggetto ‘estraneo al rapporto negoziale intercorrente tra le parti’.

Sebbene possa anche non apparire così, con quest’ultima espressione non si vuole entrare in contraddizione con quanto affermato poche righe or sono; ma, anzi, si intende proporre quantomeno una linea direttrice, la quale possa coadiuvare chi legge nel prosieguo della trattazione. D’altra parte, tenere almeno presente l’‘estraneità’ che il ‘terzo’ deve avere per essere considerato tale nel settore negoziale non mi pare sia a tal punto audace, nemmeno se si guarda al diritto romano.

---

FINAZZI, *Il contratto a favore di terzo proprio nell’esperienza giuridica romana*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 423 ss.; da ultimo, A. TORRENT RUIZ, *Los contratos a favor de terceros. Del derecho romano a los Principles, Definitions and Model Rules of the European Private Law*, Madrid, Edisofer, 2015, p. 11 ss.

### 3. Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche della diversità di disciplina

Dopo aver brevemente tentato di delineare la nozione di ‘terzo’ nel diritto romano, è bene fissare un punto da cui prendere le mosse per continuare l’esposizione. A tal fine, mi sia consentito un breve rinvio al diritto civile italiano a proposito della diversità di disciplina tra il dolo e la violenza rispettivamente del terzo.

Nel Codice civile italiano del 1942 tale diversità è ben evidente. In particolare, ai sensi dell’art. 1434 c.c., la violenza conduce sempre all’annullamento per via giudiziale del contratto senza che sia rilevante chi l’abbia posta in essere (nonché indipendentemente dalla buona fede dell’altro contraente). Ciò significa che la violenza del terzo è sempre rilevante ai fini dell’annullabilità del contratto (si potrebbe dunque parlare di *‘rilevanza assoluta e incondizionata della violenza del terzo’*), mentre il dolo del terzo assume rilevanza a tal fine soltanto nell’ipotesi in cui vengano integrati i requisiti previsti dall’art. 1439, comma 2, c.c., vale a dire la conoscenza dei raggiri posti in essere dal terzo da parte del contraente che ne trae vantaggio (si potrebbe in questo caso parlare di *‘rilevanza relativa e condizionata del dolo del terzo’*<sup>279</sup>).

Le ragioni di una tale diversificazione di disciplina sono state diffusamente indagate dalla dottrina (sia romanistica che civilistica). A tal proposito, vengono a mente le parole che il Funaioli già scriveva sotto la vigenza del Codice civile del Regno d’Italia del 1865<sup>280</sup>, giustificando la differenza tra dolo e violenza, rispettivamente del terzo, sulla base di vari argomenti, ovvero: “a) la maggiore conoscibilità del soggetto attivo del dolo; b) la maggiore solvibilità dello stesso; c) la maggiore pericolosità della violenza; d) la maggiore incolpabilità del soggetto

---

<sup>279</sup> Vi sono, peraltro, anche ordinamenti giuridici dove il dolo del terzo non conduce mai alla caducazione del contratto. Sull’argomento si rinvia a T. PROBST, *Deception*, in E.A. KRAMER-T. PROBST, *Defects in the contracting process*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Chap. 11, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 254 ss.

<sup>280</sup> Anche il Codice civile del 1865, all’art. 1111, prevedeva la rilevanza della violenza anche se proveniente da un terzo. Cfr., sul punto, A. FIGONE, *La violenza (artt. 1434-1438)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2005, p. 17 ss.

passivo del dolo; e) l'illiceità del dolo; f) il carattere secondario del dolo; g) la tradizione storica<sup>281</sup>. All'interno di questa serie di motivazioni, è proprio quest'ultima ad essere oggetto privilegiato di attenzione da parte degli studiosi. Si sostiene infatti che l'odierna diversità di disciplina tra dolo e violenza possa spiegarsi soltanto storicamente<sup>282</sup>, in particolare rivolgendo lo sguardo al diritto romano<sup>283</sup>.

Nell'ordinamento giuridico romano, le cause di tale diversità – a cui appunto fa da corollario l'affermazione per cui il dolo del terzo è irrilevante, mentre la violenza del terzo è rilevante<sup>284</sup> – possono essere sintetizzate nei seguenti punti, entrambi afferenti, in senso lato, all'ambito processuale:

- a) la diversità dell'*intentio* presente nella formula dell'*actio de dolo* rispetto all'*intentio* presente nella formula dell'*actio quod metus causa* (*infra*, § 3.1.);
- b) la presenza dell'*infamia* quale conseguenza della condanna derivante dall'esercizio dell'*actio de dolo* e assenza della medesima caratteristica nell'ambito dell'*actio quod metus causa* (*infra*, § 3.2.).

<sup>281</sup> G.B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei rapporti giuridici*, Roma, Athenaeum, 1927, p. 201 ss. Tale elencazione è stata poi ripresa anche da A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 152.

<sup>282</sup> Cfr., per tutti, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 152.

<sup>283</sup> Cfr., più recentemente, S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 5 ss., nonché E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27, 2009, pp. 133-189.

<sup>284</sup> Nonostante sia corretto in linea di principio, bisogna però fare attenzione a utilizzare i termini rilevanza ed irrilevanza (rispettivamente della violenza del terzo e del dolo del terzo) anche nella realtà giuridica romana (ci si riferisce, in particolare, all'epoca classica). A ben vedere, l'utilizzo di questo tipo di terminologia ha riguardo soltanto all'invalidità del negozio quale categoria tipica del diritto civile moderno, alla quale fa anche capo, in un rapporto di *species a genus*, il concetto di annullabilità (del negozio) in presenza di un vizio del volere. Ad ogni modo, fanno uso di questa terminologia anche con riguardo all'esperienza giuridica romana, ad esempio J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 273 ss., che parla di 'principe classique de l'irrélevance du dol d'un tierce'. Riprende la stessa espressione, rifacendosi peraltro allo studio del Van Oven, anche T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 609 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 307 ss. Viene fatto uso degli stessi termini, sebbene nell'ottica del moderno diritto comparato, anche da parte di T. PROBST, *Deception*, in E.A. KRAMER-T. PROBST, *Defects in the contracting process*, cit., p. 254 ss.

### 3.1. L'*intentio in personam scripta* presente nella formula dell'*actio de dolo* e il confronto con l'*intentio in rem scripta* dell'*actio quod metus causa*

Sotto il profilo processuale, a differenza di quanto accade per la violenza, l'*intentio* presente nella formula dell'*actio de dolo* non era *in rem scripta*, ma *in personam scripta*.

Questa diversità tra le due *partes formularum* – dovuta primariamente alle differenti radici storiche delle due azioni<sup>285</sup> – viene sintetizzata nel seguente testo ulpiano:

D. 4, 3, 15, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse*<sup>286</sup>.

Nel brano, chiaro nella sua brevità, Ulpiano afferma che nell'*intentio* dell'*actio de dolo* doveva essere indicato l'autore del dolo, quantunque ciò non fosse richiesto nell'*actio quod metus causa*. Quest'ultima, invero, era costruita in maniera impersonale<sup>287</sup>: non era cioè necessario indicare l'autore della violenza, ma soltanto il fatto che fosse stata esercitata violenza e che, a fronte di ciò, il convenuto avesse conseguito un *lucrum*<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Per quanto concerne specificamente la genesi dell'*actio quod metus causa*, vedi *supra*, p. 30 ss.

<sup>286</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 393, c. 469.

<sup>287</sup> Si fa notare, inoltre, che alcune traduzioni moderne delle Pandette giustinianee traducono erroneamente l'espressione *in rem scripta* con “establecida sobre la cosa” (così I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano. A doble texto, traducido al castellano del latino*, I, Barcellona, 1889, p. 345), oppure con “una acción referida a la cosa” (così A. D'ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO, J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, I, *Constituciones preliminares y libros 1-19*, Pamplona, 1968, p. 178), nonché, molto recentemente, con “action sur le bien” (così D. GAURIER, *Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien*, I, Digeste, Livres 1-26, Paris, 2017, p. 157).

<sup>288</sup> Specifico, sul punto, D. 4, 2, 14, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse, nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret. nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Per*

Nonostante la dottrina meno recente, peraltro in piena temperie interpolazionistica, avesse messo in discussione in più d'una occasione l'autenticità del periodo '... *quamvis in metu non sit necesse*<sup>289</sup> – e ciò coerentemente col fatto che la costruzione *in rem scripta* veniva fatta risalire al diritto giustiniano<sup>290</sup> –, tali sospetti si ritengono oggi infondati per una serie di ragioni.

a) In primo luogo, si fa notare come già la prima parte del passo sarebbe di per se stessa in grado di dimostrare la differenza tra le formule delle due azioni<sup>291</sup>. In questo senso, anche prescindendo dalla considerazione della frase sospettata (che, come è evidente, varrebbe quale ulteriore prova diretta dell'impersonalità della formula dell'*actio quod metus causa*), il giurista di Tiro, se le *intentiones* delle due formule non fossero state diversamente congegnate, non avrebbe avuto alcuna ragione per specificare che nella formula dell'*actio de dolo* dovesse essere inserito il nominativo dell'autore della condotta fraudolenta<sup>292</sup>.

b) Accanto a questo argomento di natura meramente logica, la genuinità del passo in esame potrebbe essere avvalorata dalla sua stessa collocazione palinogenetica. Nell'opera del Lenel D. 4, 3, 15, 3 è collocato nella sezione dedicata alla formula dell'*actio de dolo* (*Ad formulam* nella terminologia leneliana) assieme

---

un'approfondita esegesi sul testo si rinvia a E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 302 ss. (con letteratura precedente), nonché, ma soltanto limitatamente a una parte del passo, alla mia interpretazione (*infra*, p. 127).

<sup>289</sup> Si tratta di opere tutte precedenti agli anni '50 del '900. Nello specifico, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen, Mohr, 1910, p. 76; E. ALBERTARIO, *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'eredità*, cit., p. 308, nt. 1; F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, in ZSS, 43, 1922, p. 249, afferma che "Die Worte '*quamvis-necesse*' sind sicher unecht. Interpolationsanzeichen ist die übergroße Kürze: 1. stilistisch: '*in metu*' statt '*in metus causa actione*'. 2. sachlich: in der überlieferten Fassung steht da, bei der *actio metus causa* sei es nicht nötig, den anzugeben, *cuius dolo factum est*! Richtig müßte der Satz lauten: '*quamvis in actione metus causa non sit necesse eum designare, qui vim adhibuit*'.". Hanno poi dei forti dubbi sul periodo anche U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»*, Bamberg, Greifswald, 1932, p. 192, e G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 154.

<sup>290</sup> Alla dottrina citata nella nota precedente è da aggiungersi B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, Palermo, Reber, 1913, p. 71 ss.; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, Verlag Hermann Sack, 1928, p. 234; C. SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, cit., p. 184 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 311.

<sup>291</sup> Così A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Amsterdam, Hakkert, 1971, p. 206, secondo cui "Ulpian hätte bei dieser persönlichen Klage der persönlichen Formulierung der *formula* keine Beachtung geschenkt, wenn er nicht aus Anlass der zuvor behandelten *formula* der (ebenfalls persönlichen) *actio q.m.c.* auf die unpersönliche Formulierung hingewiesen hätte".

<sup>292</sup> Così anche E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 312.

a D. 4, 3, 17 pr.-1 e D. 4, 3, 30, mentre gli altri paragrafi facenti parte della Legge 15 (ossia D. 4, 3, 15 pr.-2) seguono D. 4, 3, 13<sup>293</sup>. Nonostante la coerenza della ricostruzione del grande studioso tedesco, è stato di recente ipotizzato<sup>294</sup> – e, mi sembra, correttamente – che l’attuale collocazione nel Digesto di D. 4, 3, 15, 3 possa essere identica a quella originariamente presente nell’opera ulpiana, e ciò anche in ragione dello stretto collegamento tra la precisazione fatta da Ulpiano e le tematiche esposte in D. 4, 3, 15 pr.-2<sup>295</sup>.

c) I tratti distintivi tra le due azioni in punto di *intentio* formulare sembrerebbero inoltre essere attestati alla luce del commento alle clausole edittali ‘*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*’ e ‘*Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*’. All’interno di quest’ambito, i due testi da porre a confronto provengono entrambi dallo stesso giurista, Ulpiano, nonché dallo stesso libro, l’undicesimo *ad edictum*. Si tratta di:

---

<sup>293</sup> Fornisce un nuovo punto di vista palinogenetico sull’intero titolo 4, 3 del Digesto, A. RODGER, *Excerpting and Editing the Edictal Commentaries on the Actio Doli*, in E. CHEVREAU-D. KREMER-A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (cur.), *Carmina iuris. Mélanges en l’honneur de Michel Humbert*, De Boccard, Paris, 2012, p. 733 ss.

<sup>294</sup> In questo senso E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell’actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 136.

<sup>295</sup> D. 4, 3, 15 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur. 1. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. 2. Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur*. In queste ipotesi si tratta dell’estensione dell’applicazione dell’*actio de dolo* anche nei confronti di soggetti che hanno ricavato un vantaggio dalla condotta dolosa di un altro soggetto. Su questi passi è fondamentale il lavoro di H.P. BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, in ZSS, 87, 1970, p. 123 ss. In particolare, sul primo frammento si veda R. KNÜTEL, *Dolus tutoris pupillo non nocet*, in H.P. BENÖHR-K. HACKL-R. KNÜTEL-A. WACKE (Hrsg.), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, Böhlau, 1986, p. 101 ss. Invece, per quanto concerne specificamente D. 4, 3, 15, 1, la letteratura è più vasta: si vedano, ad esempio, U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, II, Milano, Giuffrè, 1954, p. 469 ss., nonché, più di recente, J.M. BLANCH NOUGUÈS, *Acerca de la responsabilidad penal de las civitates en derecho romano*, in F. D’IPPOLITO (cur.), *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli, Satura, 2007, p. 255 ss.

D. 4, 3, 1 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa*<sup>296</sup>.

E di:

D. 4, 2, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. [...]*<sup>297</sup>.

Nel primo passo riportato Ulpiano, relativamente alla clausola *De dolo malo*, specifica i soggetti nei confronti dei quali il pretore intendeva intervenire – vale a dire ‘*adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam...*’ –, e il presupposto in base al quale quest’ultimo avrebbe concesso l’*actio de dolo*: evitare cioè che ai soggetti ambigui e ingannatori giovasse il loro comportamento malizioso, mentre ai soggetti ingannati fosse dannosa la loro *simplicitas*<sup>298</sup>.

L’utilizzo da parte del giurista severiano dell’espressione *varios et dolosos* non è casuale. Egli si riferisce con questo termine esattamente ai soggetti autori delle malizie, e non al fatto che, più in generale, sia stato commesso dolo. Come è evidente, un’ottica di questo tipo non può che trovare conferma nella costruzione *in personam scripta* della formula dell’*actio de dolo*<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 383, c. 465.

<sup>297</sup> ID., *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 372, c. 461.

<sup>298</sup> In questi termini già U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 51. Successivamente, prendono in esame il brano trattato anche W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung* (=ANRW), II, 15, Berlin-New York, 1976, pp. 93-94; L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica Romana*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 207-208; C. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in O. BEHREND-S. DIESELHORST-W. ECKART VOSS (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, Gremer 1985, p. 68; I. MOLNÁR, *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, p. 576.

<sup>299</sup> Così E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell’actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 138 ss., la quale afferma

Ad ogni modo, il quadro risulterà più chiaro attraverso un breve confronto col secondo brano sopra trascritto (nella parte che qui interessa).

In D. 4, 2, 9, 1 Ulpiano sta commentando la clausola edittale '*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*' e afferma che il pretore in questo caso si era pronunciato in termini generali (*hoc edicto generaliter*), relativamente al fatto in sé (*in rem loquitur*) – vale a dire al fatto che fosse stata esercitata violenza –, senza però indicare specificamente il soggetto autore del *metus* (*nec adicit a quo gestum*), poiché l'editto poteva trovare applicazione sia nel caso in cui il timore fosse stato indotto da un singolo, quanto nelle ipotesi in cui a esercitare violenza fosse stato un popolo, un consiglio municipale, un collegio o una corporazione.

Come si può facilmente notare, a differenza del commento alla clausola edittale *De dolo malo*, dove Ulpiano metteva in risalto il ruolo di soggetti ambigui e ingannatori, autori di condotte fraudolente, nel commento alla formulazione edittale '*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*' il giurista – che certamente sentiva l'esigenza di puntualizzare la diversità tra il regime relativo al dolo e quello relativo alla violenza<sup>300</sup> –, poneva in primo piano il fatto stesso che fosse stato indotto timore, senza fare riferimento alcuno all'autore o agli autori della violenza.

Ciò detto, la costruzione impersonale o *in rem scripta* della formula dell'*actio quod metus causa* può così ricavarsi anche dal commento ai *verba* edittali<sup>301</sup>.

d) L'autenticità di D. 4, 3, 15, 3 e dell'osservazione ulpiana in esso contenuta può altresì giustificarsi ponendo l'attenzione sulla differente costruzione della

---

anche che dal commento ulpiano alla clausola edittale si può ricavare la presenza della clausola restitutoria nell'*actio de dolo*. Secondo l'Autrice, infatti, "... la condanna alla pena accompagnata dall'*infamia*, sarebbe giunta solo se non si fosse ottemperato allo *iussum iudicis* di restituere; se il convenuto vi avesse obbedito sarebbe venuto meno sia il lucro del soggetto ingannatore sia il danno dell'ingannato". Per quanto in astratto plausibile, a me non sembra che alla luce di D. 4, 3, 1 pr. si possa giungere a una tale conclusione: il riferimento di Ulpiano alla *malitia lucrosa* ed alla *simplicitas damnosa* è in tal senso troppo generico e riguarda soltanto il motivo che avrebbe indotto il pretore a *iudicium dare*.

<sup>300</sup> Sarà sempre Ulpiano a soffermarsi sulle caratteristiche *in personam scripta* ed *in rem scripta* rispettivamente dell'*exceptio doli* e dell'*exceptio metus*.

<sup>301</sup> In questa maniera anche E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 138 ss.; EAD., *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., *passim*, ma in particolare p. 327 ss.



formula dell'*actio de dolo* rispetto a quella dell'*actio quod metus causa*. In specie, nella formula dell'azione di dolo, così come ricostruita dal Lenel<sup>302</sup>, ci si avvede immediatamente della caratteristica *in personam scripta* dell'*intentio*: Numerio Negidio, il convenuto, è precisamente identificato quale autore del dolo (*Si paret dolo malo N. Negidii factum esse, ut A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*)<sup>303</sup>. Al contrario, un tanto non accade nella formula dell'*actio quod metus causa* (*Si paret metus causa A. Agerium fundum quo de agitur N. Negidio mancipio dedisse (L. Titio mancipio dedisse et hunc fundum N. Negidio pervenisse), qua de re agitur, neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*)<sup>304</sup>, ove ciò che importa è il fatto in sé della violenza esercitata e del timore indotto.

Alla luce di quanto appena affermato, mi sembra si possa desumere che l'attenzione che il pretore dedicava, nel concepire la formula dell'*actio de dolo*, all'indicazione specifica del nome del convenuto (autore del dolo, controparte o terzo), fosse sintomatica della sua intenzione di comminare una pena a carico dell'offensore. Una tale caratteristica – unitamente all'annualità, alla nossalità e al

<sup>302</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 115.

<sup>303</sup> Indispensabile, anche ai fini di quanto interesserà dire, è però qui la precisazione di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., p. 70, nt. 279, secondo il quale, nell'ipotesi in cui contraente e autore della condotta fraudolenta siano diversi, nella parte della formula '*... ut A. Agerius N. Negidio fundum quo de agitur mancipio daret...*' invece di *N. Negidio* dovrà indicarsi *L. Titio* (la formula perciò avrebbe il seguente tenore: *Si paret dolo malo N. Negidii factum esse, ut A. Agerius L. Titio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvit*). In questo caso, Numerio Negidio è sempre l'autore del dolo, ma non più parte contraente. Al contrario, egli è terzo rispetto al negozio concluso tra Aulo Agerio e Lucio Tizio.

Sebbene nella formula sia indicata una *condemnatio* nel '*quanti ea res erit*', in dottrina si parla anche di '*quanti ea res est*'. Così, molto recentemente, G. ROSSETTI, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in L. GAROFALO (cur.), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, I, cit., p. 586, nt. 26.

<sup>304</sup> Tale ipotesi di ricostruzione della formula dell'*actio quod metus causa* è opera di E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 359 ss.

carattere infamante<sup>305</sup> –, trovava la sua giustificazione nella natura penale dell'*actio de dolo*, natura che, però, in una evoluzione ben tratteggiata dalla dottrina più attenta, ha subito numerose mitigazioni “... in virtù del suo indubbio contenuto reipersecutorio...”<sup>306</sup>, al quale ultimo sono da riconnettere le rimanenti caratteristiche dell'azione, quali l'arbitrarietà, la sussidiarietà e la non cumulatività soggettiva.

In maniera non dissimile, nell'ambito dell'*actio quod metus causa*, la natura penale dell'azione, legata alla condanna al quadruplo<sup>307</sup>, si fondeva con il suo carattere reipersecutorio, dovuto alla “forte coloritura patrimoniale”<sup>308</sup> e richiamato soprattutto dalla presenza della clausola arbitraria<sup>309</sup>. Di più, attraverso la

<sup>305</sup> Sul punto vedi specificamente *infra*, § 3.2.

<sup>306</sup> Le parole sono di G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 342 ss. (la stessa Autrice è tornata a occuparsi del problema di recente: cfr., EAD., *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, cit., p. 586 ss.). Ad ogni modo, per dare conto di queste attenuazioni nell'evoluzione del regime dell'azione di dolo, si utilizza in dottrina il termine “penalità affievolita”. La letteratura sul punto è ampia: cfr., tra gli altri, L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin-New York, de Gruyter, 1982, p. 702 ss. (ora anche in EAD., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese-S. Galeotti-G. Guida-G. Rossetti, Napoli, Jovene, 2015, p. 215 ss.); G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, cit., p. 342 ss.; B. KUPISCH, *'Actio famosa'. Zur Subsidiarität der 'actio de dolo' bei 'dolus' im Prozess*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 1187 ss.; P. VOGLI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 1 ss. (ora anche in ID., *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, Jovene, 2017, p. 193 ss.); R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo*, cit., p. 421 ss.; P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, Jovene, 2013, p. 41 ss. (in precedenza, lo stesso saggio è stato pubblicato in *SC*, 22, 2009, p. 225 ss., ma anche in EAD., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, Cedam, 2010, p. 69 ss., nonché in L. GAROFALO (cur.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, Cedam, 2011, p. 221 ss.); S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, cit., p. 647 ss.; M.F. CURSI, «*Actio quod metus causa e le azioni 'miste'*», recensione a E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 43, 2015, p. 393 ss.

<sup>307</sup> Se l'azione viene esperita entro l'anno, diversamente al *simplum*.

<sup>308</sup> Così, efficacemente, L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, cit., p. 702 (ora anche in EAD., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, cit., p. 237).

<sup>309</sup> Secondo E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 405 ss., è proprio la presenza della clausola arbitraria che rendeva il carattere reipersecutorio dell'*actio quod metus causa* prevalente rispetto alla sua natura penale. Più radicale è invece la posizione di B. KUPISCH, *Überlegungen zum Metusrecht: Die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts*, in P. PICHONNAZ-N.P. VOGT-S. WOLF (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern, Stämpfli, 2007, p. 424 ss. = *Considerazioni in materia di metus: l'actio quod metus causa*, in L. VACCA (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni*

previsione *in rem scripta* dell'*intentio*, che si concretizzava nel fatto che la vittima poteva esperire l'*actio quod metus causa* nei confronti di un ampio ventaglio di legittimati passivi (tra i quali anche soggetti *alieni a vi*, ai quali però *res pervenit*)<sup>310</sup>, l'ottica punitiva o sanzionatoria tipica delle azioni penali veniva ulteriormente attenuata, con ciò dimostrando la preminente volontà di fornire protezione alla vittima di violenza, "... per la quale poteva essere più utile vedere ripristinata la propria situazione nello stato *quo ante*, piuttosto che vedere l'autore della violenza condannato nel quadruplo"<sup>311</sup>.

---

Pugliese (1914-1995), Padova, Cedam, 2008, p. 139 ss., secondo cui l'*actio quod metus causa* non è penale.

<sup>310</sup> Ad esempio, la vittima di violenza avrebbe potuto esperire l'*actio quod metus causa* nei confronti della controparte che avesse tratto un vantaggio dall'atto estorto anche non avendo personalmente esercitato la *vis* (cfr. D. 4, 2, 9, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coarctat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non inmerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.*); oppure contro un soggetto che, nonostante non fosse parte dell'atto estorto, avesse in seguito acquistato in buona fede l'oggetto del negozio concluso a seguito di violenza (cfr. D. 4, 2, 14, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvere? aut si servus in fuga est, aequum, si caveri iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.*). Per quanto riguarda l'approfondimento esegetico di questi passi si rinvia sempre a E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., rispettivamente p. 313 ss. e p. 336 ss. (con ampia letteratura precedente).

<sup>311</sup> Così E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, p. 335. Similmente C. VENTURINI, «Metus», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ed. Centro de Est. Ramón Areces, 1994, p. 921 ss. (in particolare, p. 941).

### 3.2. La presenza dell'*infamia* come conseguenza della condanna derivante dall'esercizio dell'*actio de dolo* e assenza della medesima caratteristica nell'ambito dell'*actio quod metus causa*

Una ulteriore e rilevante differenza tra l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa* riguarda l'*infamia* come conseguenza della condanna<sup>312</sup>: l'*actio de dolo*, diversamente dall'*actio quod metus causa*, è infamante.

Il carattere *famoso*<sup>313</sup> dell'*actio de dolo* viene richiamato più volte nelle fonti: nel Digesto (sia nel titolo specifico *De dolo malo*<sup>314</sup> che in altri titoli<sup>315</sup>), nelle

---

<sup>312</sup> Sul fatto che l'*infamia* – nell'ambito che qui interessa, ossia quello delle *actiones famosae* – fosse una sanzione autonoma che seguiva la condanna si veda, da ultimo, l'ampio contributo di J.G. WOLF, *Das Stigma ignominia*, in ZSS, 126, 2009, p. 55 ss. = *Lo stigma dell'ignominia*, in A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, IUSS Press, 2010, p. 491 ss.

<sup>313</sup> Per la classicità dell'*'Ausdruck'* *actio famosa* o *actiones famosae* si veda, per tutti, il fondamentale lavoro di M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in ZSS, 73, 1956, p. 220 ss., in particolare p. 251, nt. 139. Ritiene erroneamente postclassica tale terminologia F. SCHULZ, *Classical roman law*, Aalen, Scientia Verlag, rist. 1992, p. 45.

<sup>314</sup> D. 4, 3, 1, 4 (Ulp. 11 ad ed.): *Ait praetor: 'si de his rebus alia actio non erit'. merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et Pomponius libro vicensimo octavo, et adicit: et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit. D. 4, 3, 11, 1 (Ulp. 11 ad ed.): Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendationis. et ita Labeo. quid ergo est? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.*

<sup>315</sup> D. 4, 1, 7, 1 (Marc. 3 dig.): *Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitatis postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest. D. 3, 2, 1 (Iul. 1 ad ed.): Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eoove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.' D. 3, 2, 4, 5 (Ulp. 6 ad ed.): Item 'si qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit' simili modo infames sunt. D. 37, 15, 2 pr. (Iul. 14 dig.): *Honori parentum ac patronorum tribuendum est, ut, quamvis per**

Istituzioni di Giustiniano<sup>316</sup> e nel *Codex*<sup>317</sup>. All'opposto, non sono presenti testi da cui si possa ricavare che l'*infamia* sia conseguente alla condanna derivante dall'esercizio dell'*actio quod metus causa*<sup>318</sup>. Ed è proprio da quest'ultima che mi sembra più opportuno iniziare.

Le tesi avanzate in dottrina per spiegare l'assenza dell'*infamia* a seguito di condanna per mezzo dell'*actio quod metus causa* sono numerose e legate sostanzialmente alle origini dell'azione, e in particolare al suo precedente storico, la *formula Octaviana*, anch'essa non infamante. Il Siber, ad esempio, spiegava tale assenza sulla base della "Rücksichtnahme auf Erpressungen in den Provinzen"<sup>319</sup>. Qualche decennio più tardi, il Kelly affermava invece che "... Octavius did not think of attaching *infamia* to condemnation because he was dealing with a class of defendant, belonging to the lowest order of freedmen, who had no civic honour to

---

*procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut iniuriarum in eos detur: licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.*

<sup>316</sup> I. 4, 16, 2: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.* Questo testo deriva direttamente da Gai 4, 182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi <bonorum> raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus esset, sed is qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item <pro>curatorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.* Compie un ampio confronto tra i due testi A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 6, Napoli, 1984, p. 2575 ss.

<sup>317</sup> C.I. 5, 12, 1, 2: *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* <PP. k. Aug. Muciano et Fabiano cons.> (a 201).

<sup>318</sup> Gli stessi testi riportati alle note precedenti non menzionano mai l'*actio quod metus causa*. Cfr., sul punto, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, p. 250 ss. Con riferimento alla letteratura meno recente, non è ad esempio da condividere la posizione di E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 563, il quale inserisce tra le azioni infamanti anche l'*actio quod metus causa*. A dir poco estrema è poi la posizione di A. WATSON, *Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit – The Legal History Review (=TR)*, 31, 1963, p. 83 ss., secondo cui la lista delle azioni infamanti era arbitraria e l'assenza dell'*actio quod metus causa* dalla stessa inspiegabile. Ritiene invece probabile che l'elenco delle azioni infamanti fosse più esteso di quello a noi pervenuto A. MAZZACANE, s.v. *Infamia (dir. rom. e interm.)*, in *EdD*, 21, 1971, p. 384.

<sup>319</sup> H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, cit., p. 234.

lose”<sup>320</sup>. Il Kaser, proprio nella recensione al libro di Kelly, chiariva la mancanza dell’*infamia* a seguito di eventuale condanna con l’*actio quod metus causa* affermando che quest’ultima “... sich primär offenbar gegen Mißbrauch politischer Macht, nicht anders als die Repetundenverfahren”<sup>321</sup>. Come è stato correttamente sostenuto dallo Hartkamp, però, “Dies kann jedoch nicht befriedigen, da eine Verurteilung im Repetundenprozess selbst... mit Infamie verbunden war”<sup>322</sup>.

Ma le prese di posizione sull’argomento non sono finite qui. Infatti, a poca distanza di tempo dall’opera dello Hartkamp sulla violenza nel diritto romano, veniva pubblicato il fondamentale contributo di Kupisch sulla *in integrum restitutio*, nel quale l’illustre romanista tedesco asseriva che per spiegare la mancanza dell’*infamia* nel ‘Metusprozeß’ sarebbe stato di per sé già sufficiente il fatto che la *formula* (*Octaviana*, ma un tanto vale anche per l’*actio quod metus causa*) potesse essere esperita nei confronti del terzo, anche di buona fede, che aveva acquistato dalla vittima di violenza (*Fall B*, secondo la struttura dell’opera di Kupisch)<sup>323</sup>.

<sup>320</sup> J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, Claredon Press, 1966, p. 16.

<sup>321</sup> M. KASER, *recensione a J.M. KELLY, Roman Litigation*, cit., in ZSS, 84, 1967, p. 512, nt. 12. In maniera simile ancora lo stesso Kaser, ma questa volta nel suo manuale (cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, C.H. Beck, 1971, p. 246 ss.).

<sup>322</sup> A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, cit., p. 255 (con letteratura).

<sup>323</sup> B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis’ bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, de Gruyter, 1974, p. 219 ss, il quale, a p. 221, aggiunge la seguente osservazione: “Die Qualität der obligationserzeugenden Tatsache (Profitieren von einer Zwangsklage) ist hier von der Art, die sowohl die Möglichkeit der Restitution und das Fehlen von Infamie verständlich macht, wie auch die Einstellung des “Gesetzgebers”, der selbst mit den Kautelen der Repetundengesetze kein Haftung des Nachmanns anordnet”. L’illustre Autore sembra seguire l’impostazione sopra richiamata nel testo, proponendo anche un parallelo con l’*actio de dolo* (in *simpulum* ma infamante), in ‘*Actio famosa*’. Zur Subsidiarität der ‘*actio de dolo*’ bei ‘*dolus*’ im Prozess, cit., p. 1188, nt. 8. Quest’ultima, peraltro, è solamente una breve annotazione. In seguito, il Kupisch – aderendo alle suggestioni di M. KASER, Zur ‘*in integrum restitutio*’, besonders wegen metus und dolus, in ZSS, 94, 1977, p. 101 ss., ma in particolare p. 132 ss., dove il Maestro tedesco, citando D. 4, 2, 14, 3 (a cui però adde D. 4, 2, 14, 1), afferma che la *poena quadrupli* è da considerarsi una ‘Kontumazialstrafe’, ovvero sanziona il convenuto che disobbedisce all’ordine di restituzione. Ne deriva che la mancanza di *infamia* è da ricollegarsi proprio alla caratteristica di pena *ex contumacia* (B. KUPISCH, Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo (Dig.4,2,1). Restitution des biens à la suite des persécutions subies par un groupe dans l’antiquité romaine et à l’époque actuelle, in Pacte, convention, contrat. Mélanges en l’honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 463 ss., in particolare p. 476; ID., Römische Sachmängelhaftung. Ein Beispiel für die ‘Ökonomische Analyse des Rechts’?, in TR, 70, 2002, p. 28; ID., Überlegungen zum Metusrecht: Die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts, cit., pp. 429-430 = Considerazioni in materia di metus: l’actio

A tale interpretazione si accostava, qualche anno più tardi, il d'Ors, secondo cui "... la acción penal no tiene efecto infamante, pero esto se debe precisamente, no a la suficiente gravedad del quadruplum, sino a la posibilidad de que se dè contra una persona que no intervino en la coaccion... La agravación con infamia no era pertinente contra tal demandado"<sup>324</sup>.

La dottrina romanistica più recente – in particolare, Emanuela Calore<sup>325</sup> – condivide tali ultime impostazioni e sostiene che, considerata la possibilità di agire con l'*actio quod metus causa* anche nei confronti del terzo estraneo alla violenza (ma *ad quem res pervenit*), sarebbe apparso perlomeno troppo rigoroso far seguire alla condanna pecuniaria – già molto pesante, in quanto nel *quadruplum* – le conseguenze infamanti<sup>326</sup>. Come si è già affermato, infatti, attraverso la costruzione *in rem scripta* dell'*intentio* dell'*actio quod metus causa* il pretore intendeva fornire più ampia tutela alla vittima di violenza piuttosto che punirne l'autore.

Quest'ultimo argomento, sempre stando all'interpretazione della Calore, verrebbe ulteriormente suffragato da un testo paolino presente nel titolo *De dolo malo* e relativo all'azione contro l'erede nei limiti dell'arricchimento. Si tratta di:

D. 4, 3, 29 (Paul. 11 *ad ed.*): *Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere*<sup>327</sup>.

---

quod metus causa, cit., p. 144-145). Sulla *contumacia* in generale si rinvia a E. VOLTERRA, *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38, 1930, p. 121 ss.; G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 57, 1937, p. 18 ss.; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 113 ss.

<sup>324</sup> A. D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, in *Anuario de historia del derecho español* (=AHDE), 51, 1981, p. 223 ss., in particolare p. 290. Cfr. anche ID., *Una nueva lista de acciones infamantes*, cit., p. 2587.

<sup>325</sup> E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, p. 250 ss.

<sup>326</sup> Cfr. anche H. ANKUM, *recensione a E. CALORE, Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 63, 2015, p. 193 ss.

<sup>327</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889 [rist. Roma 2000], § 213, c. 984.

Paolo riporta qui il parere di Sabino, il quale sosteneva che non poteva essere colpito da *infamia* l'erede convenuto in giudizio con un *actio in factum*<sup>328</sup>, e ciò in quanto l'azione era diretta più al recupero del profitto ricevuto che alla sanzione per il *maleficium*. Un tanto, secondo la Calore, sarebbe ipotizzabile anche per l'*actio quod metus causa*, poiché, *mutatis mutandis*, mentre l'*infamia* avrebbe potuto avere senso qualora il convenuto fosse stato l'autore stesso della violenza, ciò non più nel caso in cui egli fosse stato terzo di buona fede *ad quem res pervenit*<sup>329</sup>.

Ciò considerato, è giunto il momento di approfondire il tema del carattere infamante dell'*actio de dolo*, nonché le ragioni di tale peculiarità<sup>330</sup>.

Una risalente opinione vedeva nella natura infamante dell'*actio de dolo* il motivo determinante della sussidiarietà di quest'ultima. Tuttavia, già nella prima metà del XIX secolo, la dottrina romanistica, in particolare quella tedesca, non era più di tale avviso<sup>331</sup>. Anzi, un tale assunto sembrava oramai superato, almeno fino a quando il Biondi non l'ha riportato in auge nella sua monografia sulle *actiones*

<sup>328</sup> Cfr. M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, cit., p. 232, nt. 63, con sospetti sulla classicità del testo (con precedente letteratura). Segue sostanzialmente le argomentazioni del Kaser, S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 77.

<sup>329</sup> E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, pp. 253-254.

<sup>330</sup> In Gai 4, 182 (sopra riportato a p. 119, nt. 316), a differenza del parallelo testo delle Istituzioni giustinianee (I. 4, 16, 2, anch'esso sopra trascritto a p. 119, nt. 316) manca il riferimento all'*actio de dolo* quale azione infamante. Tale assenza, secondo A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, cit., p. 2589, è dovuta ad una dimenticanza di Gaio. Condivide questa soluzione J.M. BLANCH, *Nota a proposito de la «actio de dolo» y su caracter infamante*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, III, Madrid, 1988, p. 1151 ss. Sorprende, tuttavia, che in entrambi i saggi appena citati non sia ricordata l'autorevole opinione, nonché precedente in ordine di tempo, di B. ALBANESE, «Iudicium publicum» e «ignominia» nel mandato, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 21, 1970, p. 10, il quale spiega l'assenza data "... l'abitudine gaiana di considerare unitariamente solo i quattro *delicta* più antichi", ed aggiunge (nt. 4): "si potrebbe anche pensare ad un'omissione involontaria dell'amanuense del Veronese, poco accurato anche in questo tratto...".

<sup>331</sup> Cfr. K.A. SCHNEIDER, *Die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts: eine civilistische Abhandlung*, Rostock, Oeberg, 1834, p. 328 ss., seguito poi da numerosi altri studiosi: A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, Deichert, 1873<sup>2</sup>, p. 824, nt. 28; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1, Halle, Max Niemeyer, 1895<sup>2</sup>, p. 204, nt. 2; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte, II. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, Verlag Von Veit & Comp., 1901, p. 1069; K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, Weicher, 1924, p. 2, nt. 4. Afferma invece G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit, p. 145 ss., che l'*infamia* non è l'unica, ma è anch'essa una delle ragioni per spiegare la sussidiarietà dell'azione di dolo.



*arbitrariae* di inizio '900<sup>332</sup>. In specie, il romanista siciliano affermava che non era nemmeno possibile pensare a una diversa funzione della sussidiarietà dell'*actio de dolo*. Egli sosteneva *expressis verbis*: “storicamente l'*actio doli* ebbe lo scopo di colmare le lacune del sistema giuridico; ma è falso ritenere che questa funzione storica dell'istituto si sia cristallizzata nella clausola edittale «*si de his rebus alia actio non erit...*». Non si saprebbe, infatti, comprendere perché i giuristi classici interpretando assai estensivamente detta clausola pervengano a raffigurare l'*actio doli* come un ultimo rimedio, se la sussidiarietà dell'azione non avesse avuto lo scopo *pratico* di evitare l'esercizio di un'azione infamante”<sup>333</sup>.

In forte contrasto con le considerazioni del Biondi e a quasi cinquant'anni di distanza dallo studio di quest'ultimo veniva pubblicato l'articolo di Bernardo Albanese sulla sussidiarietà dell'*actio de dolo*<sup>334</sup>, il quale suscitò – per così dire, ‘a breve giro di risposta’ – una celebre polemica tra il grande romanista palermitano e un altro grande Maestro, Antonio Guarino<sup>335</sup>. Per l'Albanese, la ragione della sussidiarietà dell'*actio de dolo* andava ricercata esclusivamente sul piano storico, e non nella natura infamante: così facendo, infatti, non soltanto non si sarebbe riusciti a spiegare l'assenza di sussidiarietà nelle altre azioni infamanti, ma anche l'indirizzo interpretativo che, a partire da Labeone, tendeva a una estensione dell'ambito di applicazione dell'azione di dolo (tramite la clausola '*et si dubitetur an alia actio sit*') non avrebbe trovato opportuno chiarimento<sup>336</sup>. Per il Guarino, invece, la spiegazione più plausibile per giustificare la sussidiarietà rimaneva ancora quella del carattere infamante. In specie, egli affermava: “vero è che non a tutte le azioni *famosae* venne fatto lo stesso trattamento, ma è anche vero che per le

<sup>332</sup> B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrariae' e l'arbitrium iudicis*, cit., p. 96 ss.

<sup>333</sup> *Ivi*, p. 97.

<sup>334</sup> B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 173 ss., già frequentemente citato nelle parti iniziali del presente lavoro.

<sup>335</sup> Cfr. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., pp. 281-290.

<sup>336</sup> Per una sintesi più dettagliata di tali posizioni si rinvia allo stesso B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 333 ss. Concorde con la posizione di Albanese, P. LAMBRINI, '*Actio de dolo malo*' e accordi privi di tutela contrattuale, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, cit., p. 45 ss. All'opposto, è da rilevare una autorevole opinione contraria, quella di B. KUPISCH, '*Actio famosa*'. Zur Subsidiarität der '*actio de dolo*' bei '*dolus*' im Prozess, cit., p. 1189, nt. 11, il quale però non sembra prendere una precisa posizione sull'argomento, limitandosi a rilievi più che altro metodologici.

altre azioni infamanti mancò ai giureconsulti l'appiglio della clausola «*si alia actio non erit*»<sup>337</sup>. Riguardo a tali aspetti, a me sembra, però, che le osservazioni del Guarino, rispetto a quelle proposte dall'Albanese, non siano persuasive, in quanto l'essenza stessa dell'*actio de dolo* quale rimedio processuale, in stretta connessione con la sua 'Subsidiarität', poggia su altre basi.

Invero, la ragione giustificatrice della sussidiarietà dell'azione di dolo è piuttosto da rinvenire nella qualità di rimedio generale rivestito da quest'ultima, in quanto volta "... a sanzionare tutte le ipotesi che altrimenti resterebbero prive di tutela"<sup>338</sup>.

Orbene, dopo aver dimostrato – o almeno tentato di dimostrare –, che il carattere infamante non è la causa della sussidiarietà dell'azione di dolo, non resta che trattare proprio delle ragioni che, anche alla luce di quanto affermato relativamente all'*actio quod metus causa*, si ritiene stiano a fondamento di tale caratteristica.

Come noto, la macchia dell'*infamia*, per quanto si applicasse a fattispecie eterogenee tra loro, traeva sempre origine da una "valutazione sociale extragiuridica" e, in particolare, dal "valore sociale negativo delle fattispecie sanzionate"<sup>339</sup>. Con tutta evidenza, quindi, non poteva essere estraneo alla fattispecie del dolo un giudizio morale di riprovevolezza sociale da parte dei giuristi. Quest'ultima considerazione, per quanto ovvia, sembra però essere confutata non appena la si pone a confronto con quanto avviene in materia di *metus*. In specie, sebbene l'*actio quod metus causa* non comporti l'*infamia* del condannato, non può comunque ragionevolmente ritenersi "... che un comportamento doloso sia più colpevole dell'impiego della violenza con cui si estorce un negozio"<sup>340</sup>. Va da

---

<sup>337</sup> A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., pp. 282-283.

<sup>338</sup> Così P. LAMBRINI, '*Actio de dolo malo*' e accordi privi di tutela contrattuale, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, cit., p. 48 (le stesse osservazioni sono riprese dall'Autrice anche in EAD., *Raggiro colposo e 'actio de dolo malo'*, in L. GAROFALO (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, cit., p. 278 ss.), con pregevole sintesi della dottrina precedente.

<sup>339</sup> Le espressioni tra virgolette sono di J.G. WOLF, *Das Stigma ignominia*, cit., p. 68 ss. = *Lo stigma dell'ignominia*, cit., p. 504 ss.

<sup>340</sup> Così B. KUPISCH, *Überlegungen zum Metusrecht: Die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts*, cit., p. 419 = *Considerazioni in materia di metus: l'actio quod metus causa*, cit., p. 135.

sé, pertanto, che l'*infamia* conseguente alla condanna per mezzo dell'azione di dolo non può trovare il proprio fondamento in argomenti di questo tipo.

Piuttosto, la *ratio* giustificatrice del carattere *famoso* poggia sulla natura penale – benché ‘affievolita’ – dell'*actio de dolo*, nonché, più in generale, sull'intento a cui mirava il pretore al fine di reprimere condotte illecite. Ebbene, se già per tramite della costruzione *in personam scripta* dell'*intentio* non risultano esservi dubbi sul fine che si preponeva il pretore, con la ‘Verschärfung’ attraverso l'*infamia* ciò risulta ancora più evidente: sanzionare l'autore del dolo, che comunque avrebbe potuto evitare la condanna e la conseguente *infamia* obbedendo allo *iussum de restituendo* del giudice<sup>341</sup>.

#### **4. Ulteriori considerazioni sulla diversa costruzione processuale dell'*actio de dolo* rispetto all'*actio quod metus causa***

Oltre alle differenti radici storiche dei due rimedi, varie e numerose sono state le spiegazioni che nel tempo la dottrina ha tentato di fornire al fine di chiarire la diversa costruzione processuale dell'*actio de dolo* rispetto all'*actio quod metus causa*.

Già il Savigny, ad esempio, pensava alla maggiore pericolosità e malvagità della violenza rispetto al dolo. Egli affermava, infatti, che “der durchgreifendste Unterschied zwischen Zwang und Betrug liegt darin, daß die Gezwungenen gewährte Hülfe auch gegen fremde, schuldlose Personen wirkt (*in rem*), die des Betrogenen nur gegen den Betrüger und dessen Successoren (*in personam*). Dahlen liegt also die Unsicht zum Grunde, daß in dem Zwang die schlimmere, gefährlichere Störung des Rechtszustandes enthalten ist, vergleichungsweise mit dem Betrug”<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Cfr. E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 137.

<sup>342</sup> F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, Veit, 1840, p. 117 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, III, a cura di V. Scialoja, Torino, Utet, 1891, pp. 143-144). Era della stessa opinione anche V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 328.

Altre opinioni sostenevano invece come l'autore della violenza, al fine di non farsi identificare dalla vittima, agisse mediante modalità denotanti una maggiore prudenza rispetto a quelle utilizzate dall'autore del dolo; oppure come la condotta fraudolenta viziassse il consenso, laddove lo stesso veniva annullato dalla violenza; e ancora come fosse importante considerare, nell'ambito del dolo, anche la sprovvedutezza del *deceptus*, il quale era in parte responsabile per essere caduto in errore, a differenza della vittima di violenza che, sottoposta bensì a una grave minaccia, era libera soltanto di fatto<sup>343</sup>.

Una ulteriore spiegazione aveva poi riguardo all'operato del pretore, il quale si era adoperato per intervenire in maniera maggiormente incisiva contro la violenza che, rispetto al dolo, era motivo di più profondi sconvolgimenti all'interno delle relazioni sociali<sup>344</sup>.

Ciò considerato, qui non si tratta di scegliere quali tra le cause della diversa costruzione processuale dell'*actio de dolo* rispetto all'*actio quod metus causa* siano le più probabili. A ben vedere, a prescindere dal fatto che tutte sono possibili, ciò che conta è che manifestano la diversa percezione che si ha della violenza rispetto a quella che si ha del dolo, non soltanto se commessi dalla controparte, ma anche e soprattutto dal terzo. La violenza (del terzo) è sempre vista come più grave del dolo (del terzo), e ciò – in particolare nella prospettiva attuale – rende difficile una equiparazione, che, peraltro, non è forse nemmeno auspicabile.

Ad ogni modo, l'aspetto più interessante richiamato nel presente paragrafo ha riguardo alle modalità di esercizio della violenza, delle quali si ha notizia ancora una volta grazie a Ulpiano. Il testo, riportato solamente nella parte che qui interessa<sup>345</sup>, è:

---

<sup>343</sup> Cfr. su queste spiegazioni E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 147 ss., la quale cita la risalente opera di H. GÉRARD, *Du dol de ses effets dans la formation des contrats en droit romain et en droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883, p. 22 ss.

<sup>344</sup> Cfr. ancora E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 148.

<sup>345</sup> L'intero passo è riportato *supra*, p. 110, nt. 288.

D. 4, 2, 14, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): [...] *nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit* [...].

Il giurista di Tiro pone qui l'accento sul fatto che la particolare costruzione dell'*intentio* dell'*actio quod metus causa* è dovuta anche al fatto che il *metus* ha in sé l'*ignorantia*, ovvero la possibilità che la vittima non riesca a specificarne l'autore, il quale può aver esercitato la *vis* sulla base di modalità che ne garantiscano l'anonimato<sup>346</sup>. Ne deriva che anche quest'ultima considerazione, insieme alle altre discusse nei precedenti paragrafi, può aver influenzato il pretore nell'elaborare l'oramai nota costruzione *in rem scripta* dell'*actio quod metus causa*, in modo da rendere possibile l'esercizio di quest'ultima anche nei confronti di soggetti terzi ai quali *res pervenit*, nonché, più in generale, di tutelare la vittima di violenza – per così dire – *erga omnes*<sup>347</sup>.

All'opposto, nell'ipotesi di dolo del terzo mi pare si possa invece ritenere che la costruzione *in personam scripta* dell'*intentio* dell'azione di dolo sia giustificabile – dato anche il silenzio delle fonti in questo senso – tenuto specialmente conto del commento ulpiano alla clausola edittale '*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*' e delle conseguenze infamanti dell'*actio de dolo* stessa.

## **5. Incidenza sul piano sostanziale della diversa costruzione processuale dell'*actio de dolo* rispetto all'*actio quod metus causa***

È certamente non di poco conto l'incidenza che la diversa costruzione dell'*intentio*, rispettivamente dell'*actio de dolo* e dell'*actio quod metus causa*, ha sul piano sostanziale. A fronte di tale diversità, invero, la rimozione o eliminazione

---

<sup>346</sup> Già la Glossa *ad ignorantiam* evidenziava tale aspetto, affermando che '*... ignorare possum quis vim mihi fecerit, cum talia fiant de nocte, vel in moltitudine hominum*'. Sugli sviluppi della Glossa sull'argomento si rinvia a S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 80 ss.

<sup>347</sup> Cfr. E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 149.

degli effetti dell'atto carpito con dolo (*doli causa*) e quelli dell'atto estorto con violenza (*metus causa*), per tramite delle relative azioni, è da valutare con attenzione.

Al fine di meglio comprendere tale aspetto, è utile procedere per punti prendendo singolarmente in considerazione la posizione dei soggetti che, in linea astratta, potrebbero essere coinvolti in una fattispecie di dolo o violenza rispettivamente del terzo: in primo luogo, l'autore del dolo o della violenza; in secondo luogo, la vittima del dolo o della violenza e, in terzo luogo, il soggetto estraneo al dolo o alla violenza al quale, però, sono pervenuti i vantaggi dell'atto frodato o estorto.

a) Per quanto concerne l'autore del dolo o della violenza, la posizione del primo poteva risultare in qualche caso più gravosa rispetto a quella del secondo. In particolare, attraverso la costruzione *in personam scripta* dell'*intentio* si dava la possibilità alla vittima del dolo di agire soltanto contro l'autore della condotta fraudolenta, mentre nell'ipotesi di violenza la costruzione impersonale dell'*intentio* permetteva all'autore anche di non subire una eventuale condanna, e ciò nel caso in cui quest'ultimo non avesse tratto giovamento dall'atto estorto oppure non avesse più la disponibilità della *res*<sup>348</sup>.

b) Relativamente, invece, alla vittima del dolo o della violenza, la tutela della prima era certamente più limitata rispetto a quella della seconda. Nello specifico, limitatamente al dolo negoziale, è necessario rimarcare che l'eliminazione degli effetti dell'atto concluso sulla base di raggiri è possibile soltanto quando gli stessi provengano dalla controparte negoziale, mentre nel caso in cui provengano dal terzo – che, naturalmente, non è parte del negozio – l'*actio de dolo* contro quest'ultimo condurrà sostanzialmente a un risarcimento del danno<sup>349</sup>, senza rimuovere gli effetti del negozio frodato<sup>350</sup>. All'opposto, la vittima di violenza,

---

<sup>348</sup> Cfr. E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., pp. 146-147.

<sup>349</sup> Si deve comunque sempre tenere presente il carattere penale, almeno in origine, dell'*actio de dolo*.

<sup>350</sup> In astratto, tuttavia, è possibile pensare anche a una ulteriore ipotesi in cui l'*actio de dolo* contro il terzo possa condurre a conseguenze analoghe a quelle dell'eliminazione o rimozione degli effetti del negozio frodato nel caso in cui sia – caso, naturalmente, più frequente – la stessa controparte negoziale a porre in essere la condotta dolosa. Ci si riferisce, nello specifico, all'ipotesi in cui per dolo di un terzo si fosse concluso un determinato atto negoziale, il cui oggetto fosse poi

grazie alla costruzione *in rem scripta* dell'*intentio* dell'*actio quod metus causa*, veniva tutelata in maniera più ampia e incisiva: da un lato, non era necessario indicare l'autore della *vis*, per cui l'azione poteva essere esperita anche nei confronti di soggetti non conosciuti; dall'altro lato, era possibile esperire l'*actio quod metus causa* anche nei confronti del terzo di buona fede, estraneo alla violenza, che avesse la disponibilità della *res* estorta<sup>351</sup>.

c) Infine, anche per quanto riguarda il soggetto estraneo al dolo o alla violenza, al quale però sono pervenuti i vantaggi dell'atto (frodato o estorto), le conseguenze erano diverse: infatti, se il soggetto era estraneo al dolo, non era possibile agire contro di lui, mentre nel caso della violenza, prevaleva l'interesse della vittima<sup>352</sup>.

## **6. La formulazione *in personam scripta* dell'*exceptio doli* e la formulazione *in rem scripta* dell'*exceptio metus*. Precisazioni sull'*exceptio doli* concessa nei confronti di 'terzi' e breve esegesi delle fonti sul tema**

Le caratteristiche *in personam scripta* e *in rem scripta*, rispettivamente afferenti alle formule dell'*actio de dolo* e dell'*actio quod metus causa*, riguardano anche i corrispondenti rimedi in via d'eccezione: l'*exceptio doli* e l'*exceptio metus*. È ancora una volta Ulpiano a fornirci spiegazioni al riguardo, mettendo a confronto la diversa costruzione processuale delle due eccezioni nel seguente passo:

---

pervenuto al terzo autore delle malizie. Cfr. sempre E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., p. 137.

<sup>351</sup> Cfr. E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., pp. 146-147.

<sup>352</sup> Cfr. E. CALORE, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., pp. 146-147. Non mi pare, tuttavia, si possa condividere l'affermazione dell'Autrice secondo cui la tutela dell'affidamento del terzo che ha acquistato in buona fede la *res* estorta venga posta in secondo piano rispetto alla tutela della vittima di violenza. E ciò non tanto perché si ritiene l'affidamento del terzo degno di minor tutela rispetto alla protezione della vittima in sé, ma perché, come è stato dimostrato da autorevolissima dottrina (cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, in *EdD*, 46, 1993, p. 325, nt. 215), non sembra che i romani si siano mai specificamente posti il problema della tutela dell'affidamento, o almeno, non nei termini odierni.

D. 44, 4, 4, 33 (Ulp. 76 ad ed.): *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem. etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est ‘si in ea re nihil metus causa factum est’, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio obici possit*<sup>353</sup>.

Il giurista severiano rammenta che un certo Cassio – da individuarsi verosimilmente nel pretore Gaio Cassio Longino<sup>354</sup>, che ricoprì tale carica nel 27 d.C.<sup>355</sup> –, non propose l'*exceptio metus* nel suo editto, in quanto era già sufficiente la presenza l'*exceptio doli, quae est generalis*.

Ci si soffermi, prima di passare ad analizzare specificamente il confronto tra l'*exceptio doli* e l'*exceptio metus*, proprio sulla posizione di Cassio (e sul connesso

<sup>353</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 1682, c. 865.

Il testo è stato fortemente criticato dalla dottrina interpolazionistica. Tali aspetti non possono essere qui meglio approfonditi, pertanto ci si limita alle seguenti indicazioni bibliografiche: G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, cit., p. 108 ss.; F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, cit., p. 225 ss.; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel* «Quod metus causa gestum erit», cit., p. 96 ss., nonché L. MITTEIS-E. LEVY-E. RABEL (Hrsg.), *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, 3, Weimar, Böhlau, 1935, col. 340. Ad ogni modo, già G.H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, de Gruyter, 1932, p. 102 e p. 118, riteneva il passo in esame sostanzialmente classico.

<sup>354</sup> Cfr. P. JÖRS, s.v. *Cassius* (60), in *Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft (=RE)*, 3.2., Stuttgart, 1899, p. 1736 ss.

<sup>355</sup> Così già F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, cit., p. 226; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel* «Quod metus causa gestum erit», cit., p. 97. Più di recente, R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 66. Non sono sicuri si tratti del giurista menzionato A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1, cit., p. 199; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 95. Non prende posizione sul punto E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, cit., p. 157, nt. 85.



aggettivo *generalis*<sup>356</sup>), che ha non poco affaticato la più autorevole dottrina romanistica nel tempo.

Lo Schulz sosteneva, ad esempio, che per Cassio fosse sufficiente la previsione dell'*exceptio doli* nell'editto, poiché in origine anche la costruzione dell'*exceptio metus* sarebbe stata *in personam scripta*<sup>357</sup>. Nella sostanza non si discostava da tale opinione il von Lübtow, il quale però precisava che "... die Restitution der *actio* gegen den gutgläubigen Dritten sich nicht ohne Kampf in der Praxis Bahn gebrochen hat; und vielleicht stand Cassius im Lager der Juristen, die für den Schutz des gutgläubigen Dritten ankämpften, und verweigerte deshalb auch eine gegen jedermann gerichtete *exceptio*. So konnte Cassius die persönlich gefaßte, d.h. den Namen des Zwangsausübers enthaltende *exceptio metus* ruhig im Album streichen, weil für den Zweck der Einrede die *exceptio doli* ausreichte, wie ja überhaupt die Ediktstechnik dahin ging, alles Überflüssige nach Möglichkeit beiseite zu lassen"<sup>358</sup>.

Al contrario, lo Hartkamp riteneva che, ai tempi di Cassio, fosse l'*exceptio doli* a poter essere esperita anche per ipotesi del fatto del terzo, e da ciò deriverebbe un'attenuazione nella diversità di formulazione delle due *exceptiones*<sup>359</sup>.

Ancora diversa è poi l'opinione del Kupisch, il quale, suddividendo le ipotesi possibili in tre 'Fälle' ('Fall A': acquisto dell'autore della *vis* dalla vittima; 'Fall B': acquisto diretto di un soggetto da colui che è stato vittima di violenza esercitata da un altro; 'Fall C': acquisto non diretto di un soggetto dalla vittima di violenza,

---

<sup>356</sup> Neppure sulla portata dell'aggettivo *generalis* sembra esservi uniformità di vedute nella dottrina più eminente. Ad esempio, secondo M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 35-36, nt. 118, l'aggettivo *generalis* non può assolutamente riferirsi all'*exceptio doli generalis* in contrapposizione con l'*exceptio doli specialis*. Il Talamanca è seguito da A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, cit., p. 95, per cui la qualifica di *generalis* data in D. 44, 4, 4, 33 "... riguarda il suo complessivo ambito di applicazione, semmai con particolare riferimento proprio all'ipotesi di dolo quale causa di vizio della volontà in opposizione alla *vis* provocante *metus*, e non già a quello che, invece, è considerato dolo generale". Secondo C.A. CANNATA, 'Exceptio doli generalis' e diritti reali, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 237, "... l'appellativo di *generalis* dato all'*exceptio doli* in Ulp. Cass. D. 44, 4, 4, 33 non dipendeva da una diairesi; vi si voleva solo dire che tale eccezione ha portata generale, in quanto con essa si può opporre all'attore qualunque comportamento doloso, e quindi comprende anche la fattispecie del *metus*, perché questo è pure un comportamento doloso".

<sup>357</sup> F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, cit., p. 226.

<sup>358</sup> U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel* «Quod metus causa gestum erit», cit., p. 97 ss.

<sup>359</sup> A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, cit., p. 271 ss.

ma in forza di un successivo negozio), ammetteva che per il 'Fall A' e il 'Fall B' la costruzione dell'*exceptio metus* sarebbe anche potuta essere *in personam scripta*, mentre nel 'Fall C' vi sarebbe stata la necessità della costruzione *in rem scripta*<sup>360</sup>.

Più di recente, inoltre, è stata avanzata una ulteriore opinione che intende spiegare il comportamento di Cassio nell'ottica del *ius controversum*, in termini di *dolus praesens*. Si afferma, infatti, che Cassio avrebbe potuto "... considerare compatibile con la formulazione *in personam* dell'*exceptio doli* l'opposizione dell'eccezione nei confronti dell'attore che, conoscendo l'esistenza del *metus* di un terzo, abbia comunque agito"<sup>361</sup>.

Ora, a parte la maggiore verosimiglianza di una o dell'altra opinione in merito all'atteggiamento di Cassio, ciò che qui interessa è il prosieguo del passo ulpiano, dove il giurista di Tiro ricorda che in seguito si rivelò più utile inserire nell'editto anche l'*exceptio metus*, giacché quest'ultima è diversa dall'*exceptio doli*.

L'*exceptio metus*, invero, è concepita *in rem scripta* ('*si in ea re nihil metus causa factum est*'<sup>362</sup>), in maniera tale che si debba provare soltanto se quanto dedotto in giudizio sia stato fatto a causa di violenza, a nulla rilevando da chi sia stata perpetrata. Al contrario, l'*exceptio doli* – sebbene nel testo in esame Ulpiano non menzioni esplicitamente l'espressione *scripta in personam* –, richiede

---

<sup>360</sup> B. KUPISCH, 'In integrum restitutio und vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, cit., p. 170 ss. Non pare discostarsi dall'interpretazione di quest'ultimo Autore neppure M. KASER, Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen metus und dolus, cit., p. 131 ss. Si veda comunque, sul punto, E. CALORE, Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta, cit., p. 157 ss., nt. 86.

<sup>361</sup> Così R. FIORI, Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini, cit., p. 67 ss. Anche quest'ultima proposta non è rimasta esente da critiche. In specie, dopo una prima adesione (in *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, cit., pp. 141-142), anche la Calore – nell'importante studio sull'*actio quod metus causa* (Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta, cit., pp. 158-159) – offre interessanti argomenti che avrebbero però bisogno di un ulteriore approfondimento, compito che non può essere tuttavia assolto nella presente ricerca. Detto questo, è comunque il caso di rammentare le riflessioni dell'Autrice. Quest'ultima si chiede, a ragione, quali sarebbero potute essere, con riguardo al *metus*, le conseguenze dell'inclusione della tutela relativa all'estorsione di un atto nell'*exceptio doli praesentis*. Da un lato, il concetto di *metus* sarebbe stato incluso nel concetto di *dolus* (come sembrerebbe accadere anche in D. 4, 2, 14, 13); dall'altro lato, la tutela della vittima di violenza sarebbe stata limitata ai casi in cui l'attore fosse stato al corrente della violenza subita dal convenuto e avesse, malgrado ciò, agito in giudizio (*dolus praesens*).

<sup>362</sup> Cfr. O. LENEL, Das Edictum perpetuum, cit., p. 512; D. MANTOVANI, Le formule del processo privato romano, cit., p. 100.

l'indicazione del soggetto autore del dolo (il quale, in linea di principio, dovrà coincidere con l'attore<sup>363</sup>). Non sono tuttavia mancate alcune eccezioni in tal senso, come può ricavarsi dall'ultimo periodo di un altro celebre passo ulpiano, tratto sempre dal libro 76 *ad edictum*, e inserito in D. 44, 4, 2, 1.

D. 44, 4, 2, 1 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Sequitur, ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio et quibus personis obiciatur. et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur, non in rem 'si in ea re nihil dolo malo factum est', sed sic 'si in ea re nihil dolo malo actoris factum est'. docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debbit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat*<sup>364</sup>.

Dapprima, Ulpiano intende chiarire per quali ragioni e nei confronti di quali soggetti possa essere opposta l'*exceptio doli*. A proposito di questi ultimi, attraverso l'avverbio *specialiter*, il giurista di Tiro manifesta la necessità che nella formula dell'eccezione di dolo venga indicato precisamente l'autore del dolo. Infatti, la formula dell'*exceptio doli* – prosegue Ulpiano – non è *in rem (scripta)*, '*si in ea re nihil dolo malo factum est*', bensì '*si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*'. Di conseguenza, il convenuto che esperisce l'*exceptio doli* avrà l'onere di dimostrare che l'attore ha commesso dolo, non essendo sufficiente provare che in quell'affare vi sia stato dolo.

---

<sup>363</sup> Cfr., per tutti, A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, cit., p. 95.

<sup>364</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 1677, c. 860.

Non è molto significativo per l'intelligibilità di D. 44, 4, 2, 1 quanto affermato nel paragrafo successivo, D. 44, 4, 2, 2 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris*. In questo paragrafo vi è soltanto una inversione dell'angolo di visuale. Si privilegia il punto di vista di chi oppone il rimedio in via di eccezione, ovvero il convenuto, e si dice che per quest'ultimo l'*exceptio doli* è *in rem (scripta)*, poiché non ci si chiede contro chi è stato perpetrato il dolo, bensì solamente se in quell'affare sia stato commesso dolo da parte dell'attore.

Ulpiano, poi, nella chiusa del passo, e precisamente nella proposizione che inizia con *aut* – congiunzione per mezzo della quale, a me sembra, viene introdotta l’eccezione a quanto descritto nelle righe precedenti –, espone che se ad aver commesso dolo non fosse stato l’attore stesso, si sarebbero dovuti ‘enumerare’, ossia indicare specificamente, i soggetti autori della condotta fraudolenta, purché fossero quelli il cui dolo aveva portato nocimento (‘... *dummodo hae sint, quarum dolus noceat*’).

A quest’ultima parte del testo ulpiano, considerato che testimonia la presenza di circostanze in cui il *dolus alterius* può legittimare l’esercizio dell’*exceptio doli*, è opportuno dedicare maggior attenzione<sup>365</sup>. È qui appena il caso di ribadire che ad essere eccepito dal convenuto è il dolo di un soggetto *alter*<sup>366</sup> rispetto all’attore, il quale ultimo è però parte del processo e unico legittimato passivo all’*exceptio doli*. Come è evidente, quindi, la questione problematica si risolve interamente individuando la “posizione giuridica” rivestita dal soggetto *alter* all’interno delle ipotesi previste dalle fonti sull’*exceptio doli*: in specie, vi sono casi in cui il soggetto *alter* può essere considerato alla stregua di un ‘terzo’ (vale a dire quale ‘estraneo al rapporto negoziale intercorso tra le parti’)?

Per rispondere al presente quesito, non è in realtà necessaria alcuna approfondita esegesi delle fonti. La risposta è, per forza di cose, negativa. Non può infatti materialmente darsi il caso di un terzo, nella accezione di ‘estraneo al rapporto negoziale’, a cui venga opposta l’*exceptio doli* per il dolo da lui stesso commesso al fine di indurre altri a concludere un negozio<sup>367</sup>. In linea di principio,

---

<sup>365</sup> Cfr. S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 55, secondo cui “... der Nachsatz zeigt, daß es auch Situationen geben muß, in denen der *dolus* eines Dritten eine *exceptio doli* begründet”. Similmente, ma in precedenza, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 200, nt. 574 (con rinvio a numerosi testi del Digesto).

Inoltre, secondo S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 55, nt. 216, è ipotizzabile che il testo di Ulpiano, probabilmente in origine più dettagliato, sia giunto a noi accorciato per opera dei compilatori. La supposizione del giovane studioso tedesco mi sembra non si possa scartare.

<sup>366</sup> Per rappresentare il soggetto *alter* potrebbe anche farsi uso del termine ‘terzo’, sebbene ciò sia, a rigore, impreciso, come si ricava da quanto esposto *supra*, nel testo.

<sup>367</sup> Le fattispecie riportate dalle fonti si riferiscono tutte a ipotesi in cui l’attore, legato da un rapporto giuridico rilevante con l’autore del dolo, agisca in giudizio e si veda opporre l’*exceptio doli* non per il suo dolo, ma per il dolo commesso, appunto, da persona diversa. Cfr. D. 44, 4, 4, 17-19; 44, 4, 4, 23-25; 44, 4, 4, 27-31.

le parti processuali devono essere le stesse che hanno concluso il negozio: l'attore, autore del dolo, agisce per l'esecuzione del negozio frodato e il convenuto, controparte negoziale ingannata, gli oppone l'*exceptio doli*. Ciò significa, in altri termini, che per il terzo (come inteso nella presente ricerca) non vi è spazio alcuno nell'ambito dell'*exceptio doli*. Non è un caso, infatti, che nel suo celebre manuale Max Kaser affermasse recisamente che “bei *dolus* eines Dritten ist die *exc.* nicht anwendbar”<sup>368</sup>.

## **7. Esegesi delle fonti specifiche in materia di dolo del terzo (casistica)**

### **A) Un caso di mancata ‘*magna et evidens calliditas*’ del terzo a confronto con un caso di dolo del terzo**

In D. 4, 3, la prima ipotesi da esaminare è un parere di Pomponio, riportato da Ulpiano nell'undicesimo libro *ad edictum*:

D. 4, 3, 7, 10 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*<sup>369</sup>.

Si rammenta qui la decisione di un tale pretore Cecidiano<sup>370</sup>, il quale non concede l'azione di dolo al mutuante contro colui – evidentemente un terzo – che aveva affermato la solvibilità di un altro soggetto (il mutuatario), a cui il primo aveva appunto prestato denaro a titolo di mutuo. Ulpiano, dal canto suo, ritiene corretto (‘*quod verum est*’) quanto stabilito da Cecidiano circa la impossibilità di concedere l'azione di dolo nel caso in cui manchi una ‘*magna et evidens calliditas*’.

---

<sup>368</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., p. 246, nt. 43.

<sup>369</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 467.

<sup>370</sup> Per quanto riguarda notizie e ipotesi su chi fosse *Caecidianus (praetor)*, si rinvia a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, I. Trasmissione e fonti*, Napoli, Jovene, 2002, p. 250 ss. (con letteratura precedente).

La dottrina meno recente ha avanzato forti sospetti sul testo<sup>371</sup>, relativi anche alla sua dubbia collocazione nell'ambito del panorama casistico concernente la sussidiarietà dell'*actio de dolo*<sup>372</sup>. Tali sospetti, tuttavia, sono stati ridimensionati – se non del tutto esclusi – dalla letteratura più recente, la quale, a ragione, pone l'accento – al fine di dimostrare la genuinità del paragrafo – sulla gravità della condotta posta in essere dal terzo consigliere<sup>373</sup>. Nello specifico, il comportamento di tale soggetto è o non è in grado di integrare la c.d. '*magna et evidens calliditas*', presupposto essenziale per la concessione dell'*actio de dolo*? La risposta di Cecidiano è negativa: nel caso esaminato difetta da parte del terzo una scaltrezza tale per cui possa essere concessa l'*actio de dolo* nei suoi confronti<sup>374</sup>. Da quanto si evince dal passo, infatti, potrebbe anche darsi che il terzo – in buona fede – abbia

---

<sup>371</sup> Così B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*, 25, 1956, p. 123 ss. e 232 ss.; ID., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 243 ss., secondo cui nella decisione in commento è da ravvisarsi un collegamento con l'esperibilità dell'*actio furti*, di cui il testo sarebbe testimonianza assieme ad altri casi analoghi a quello descritto. Ritene di natura giustiniana il passo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 154; ID., *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 777 ss.; ID., *recensione a M. BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, cit., in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 24, 1973, I, pp. 291-292. Vede il tutto da un differente punto di vista, maggiormente dogmatico, F. LITTEN, *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, in *Festgabe K. Güterbock*, Berlin, Vahlen, 1910, p. 264 ss. Per ulteriore dottrina sul punto, ancorché precedente al 1999, si veda la monumentale opera di L. TER BEEK, *Dolus. Een semantisch-juridische studie*, 2 voll., Nijmegen, Gerard Noodt Inst., 1999 (su D. 4, 3, 7, 10 precisamente p. 693). Quest'ultimo contributo, peraltro, risulta davvero difficile da consultare, dato che è stato redatto in olandese, con una concisissima *Zusammenfassung* in tedesco alla fine del secondo volume. Per un aiuto nella lettura, sebbene limitato, si veda la recensione a mano di R. KNÜTEL in *ZSS*, 199, 2002, pp. 651-653.

<sup>372</sup> Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 243 ss.

<sup>373</sup> Sul punto, per tutti, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 67 ss. L'Autrice pone appunto l'accento sul fatto che in questa fattispecie "... non si mette in discussione la residualità del rimedio: essa è data per presupposta, dal momento che non viene in considerazione, neppure in via ipotetica, l'azione di mutuo contro il mutuatario. Probabilmente, l'incapienza del mutuatario renderebbe del tutto inutile esperire l'azione".

<sup>374</sup> Cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, II. Contesti e pensiero*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 2002, pp. 262-263, nt. 71; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 69. In effetti, si è qui di fronte ad un vero e proprio caso di *denegatio actionis*: sul punto si veda, per tutti, A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 152, nt. 185.

Una *ratio* simile a quella del testo sopra commentato è da rinvenirsi in D. 50, 17, 47 pr. (Ulp. 30[1] *ad ed.*), nonché in D. 17, 1, 2, 6 (Gai. 2 *Cott.*).

soltanto malamente consigliato il mutuante<sup>375</sup>, magari non essendosi prima bene informato sulla solvibilità o meno del mutuatario.

Ciò detto sul contenuto della fattispecie, è opportuno ora soffermarsi sulla figura del consigliere. Come accennato, anche a seguito di una lettura non particolarmente attenta, risulta evidente che egli non potrà che essere un terzo<sup>376</sup> rispetto al contratto di mutuo stipulato tra mutuante e mutuatario rivelatosi insolvente. Ma ciò non basta: si dovrà convenire – con i più scettici, ove ve ne fossero – che una tale soluzione non appare del tutto aderente al testo, atteso che il terzo consigliere non viene identificato attraverso una qualifica – per così dire – inequivoca: si parla infatti genericamente di un ‘*is*’ (nel passo declinato all’accusativo ‘*eum*’, in quanto preceduto da ‘*adversus*’), ma nulla di più si ricava dal passo. A questo punto, la domanda da porsi è: nell’ipotesi in commento si intendeva forse sostenere qualcosa di diverso rispetto ai paragrafi precedenti facenti parte dello stesso frammento, nei quali – a ben vedere – sono riportati casi riguardanti schiavi o ausiliari<sup>377</sup>? La risposta, a mio avviso, è che se i giuristi avessero voluto qualificare espressamente – con il termine *procurator* o *servus* ad esempio – il terzo consigliere, lo avrebbero presumibilmente fatto anche in D. 4, 3, 7, 10. Per di più, risulta ancora più difficile – se non assurdo – immaginare che i compilatori, inserendo nel Digesto un testo di Ulpiano basato su un’opinione di Pomponio, a cui peraltro il primo pienamente aderiva (non dà infatti adito a equivoci l’espressione ‘*quod verum est*’)<sup>378</sup>, avessero persino pensato di apportarne delle modifiche (anche se soltanto formali).

---

<sup>375</sup> Evidenzia correttamente questo aspetto G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Julian-Marcellus)*, cit., pp. 92-93, secondo cui “... a comparison with D. 4, 3, 8 reinforces the conclusion that in D. 4, 3, 7, 10 he had acted in good faith, albeit carelessly”.

<sup>376</sup> Ciò è confermato anche da M.F. CURSI, *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 67. L’Autrice parla nello specifico di danno derivante dalla falsa informazione fornita da un terzo. I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 186, parla di “cattivo consigliere” (o di intermediario mendace) e propone l’esegesi del testo in esame con altri due passi, inseriti dai compilatori nel titolo *De furtis*, ovvero D. 47, 2, 52, 21 e D. 47, 2, 67, 4.

<sup>377</sup> Si fa riferimento, in particolare, a D. 4, 3, 7 pr.; D. 4, 3, 7, 3; D. 4, 3, 7, 4; D. 4, 3, 7, 5; D. 4, 3, 7, 6; D. 4, 3, 7, 7; D. 4, 3, 7, 8; D. 4, 3, 7, 9.

<sup>378</sup> Sul criterio della “verità” rispetto alle adesioni ulpianee alla dottrina di Pomponio, si veda, per tutti, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, I. Trasmissione e fonti*, cit., p. 105 ss., con ampia bibliografia. Per uno studio maggiormente approfondito sullo stile e sul linguaggio

Per concludere, si può affermare che sebbene nel passo appena commentato non venga – come detto – concessa l'*actio de dolo* (per i motivi sopra riportati), e lo stesso possa dunque apparire di rilevanza limitata ai fini della nostra ricerca, ne si coglie nondimeno l'importanza in virtù della connessione con il caso descritto da Gaio nel quarto libro *ad edictum provinciale*<sup>379</sup>, e inserito nel Digesto quale paragrafo seguente:

D. 4, 3, 8 (Gai 4. *ad ed. prov.*): *Quod si cum scires eum [sc. qui mutuam pecuniam rogavit]<sup>380</sup> facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti<sup>381</sup>, de dolo iudicium dandum est.*

In questa ipotesi, vi è un soggetto (Tizio, solo per intenderci meglio) che viene tratto (veramente) in inganno da un altro (Caio), il quale lo convince a consentire ad un affare con una terza persona (Seio), che risulta, però, essere insolvente (*'facultatibus labi'*). A seguito di tale consiglio fraudolento e a differenza di quanto accade in D. 4, 3, 7, 10, viene concessa a Tizio l'*actio de dolo* nei confronti di Caio.

Come si nota, le circostanze di fatto alla base delle due fattispecie sono pressoché analoghe<sup>382</sup>, ma la soluzione data da Gaio è diversa da quella di Pomponio-Ulpiano. Rispetto a D. 4, 3, 7, 10, invero, nel passo in commento si dice molto di più. In particolare:

---

di Ulpiano, si rinvia a T. HONORÈ, *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2002<sup>2</sup> (in particolare, p. 37 ss.).

<sup>379</sup> Cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, II. Contesti e pensiero*, cit., pp. 262-263, nt. 71, il quale sostiene che il contenuto di D. 4, 3, 7, 10 acquista valore guardando proprio alla collocazione giustiniana e, in particolare, alla sua contiguità proprio con D. 4, 3, 8.

<sup>380</sup> L'aggiunta tra parentesi quadrata è di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., § 99, c. 195.

<sup>381</sup> È totalmente da espungere, secondo G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, Mohr, 1913, p. 62, il tratto '*cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti*', ma una tale soluzione è senza motivazione. Secondo A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS, 78, 1961, p. 440 e nt. 37, la soluzione data dal Beseler non altererebbe il senso del testo. Tale affermazione non può essere condivisa, dato che, senza quel tratto, mancherebbero dei termini esplicativi molto importanti al fine di poter risolvere al meglio la fattispecie proposta.

<sup>382</sup> Anche a livello meramente formale i due testi sono molto simili: l'espressione '*adfirmare idoneum esse*' ricorre sia in D. 4, 3, 7, 10 sia in D. 4, 3, 8.



1) è espressamente specificato che Caio era a conoscenza dello stato di insolvenza di Seio (*'scires eum facultatibus labi'*);

2) Caio, ai fini di ricavarne un vantaggio patrimoniale (*'tui lucri gratia adfirmare'*), ha intenzionalmente ingannato Tizio (*'mei decipiendi gratia'*)<sup>383</sup> sulla solvenza del patrimonio di Seio (*'alium falso laudasti'*)<sup>384</sup>.

Volendo utilizzare una espressione già nota, si può affermare che in questa ipotesi – diversamente da D. 4, 3, 7, 10 – è stata commessa da Caio una *'magna et evidens calliditas'*, ovvero egli ha integrato la propria condotta fraudolenta attraverso una scaltrezza tale da giustificare la diversa soluzione del caso concreto<sup>385</sup>.

Quanto appena detto non dà adito a molti dubbi; diversamente, ciò che importa tuttora opinioni divergenti tra gli studiosi, è la natura dell'affare intercorso tra Tizio e Seio. Naturalmente, è indubitabile che un affare tra i due abbia avuto luogo (su consiglio fraudolento di Caio); in caso contrario, non avrebbe avuto senso il richiamo alla concessione dell'*actio de dolo*. Per quanto concerne invece la tipologia stessa dell'affare, l'ipotesi più verosimile è che si tratti di un contratto di mutuo<sup>386</sup>, come già aveva intuito il Lenel nella sua palingenesi, inserendo

---

<sup>383</sup> Non ritiene genuina l'espressione *'lucri gratia'*, in quanto troppo simile e vicina a *'decipiendi gratia'*, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, cit., p. 157.

<sup>384</sup> Cfr., sul testo, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., p. 187 ss.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., pp. 70-71. Per quanto concerne in particolare la nozione di *'falsum'* si rinvia a M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, cit., p. 390, nt. 1.

<sup>385</sup> Secondo G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 187, Gaio ha qui dato prova di "logica giuridica evidente, chiara, persuasiva". Al contrario, nel più recente contributo dal titolo *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 771, quest'ultimo Autore non è più così convinto della genuinità del testo in questione.

<sup>386</sup> Non ha dubbi che si tratti di un mutuo B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 211; ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, cit., p. 333 ss., nonché M. BRUTTI, s.v. *Mediazione (storia)*, in *EdD*, 26, 1976, pp. 12-33, il quale, peraltro, svolge una interessante ricerca sul rapporto tra esortazione a concludere un contratto e l'istituto del mandato. Concorde sul punto, più recentemente, anche I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., p. 187 ss. Molto più conservativa è l'interpretazione di M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 70 (in particolare, nt. 10, ove l'Autrice sostiene che "il consiglio fraudolento potrebbe aver orientato le scelte dell'attore senza incidere necessariamente su un negozio concluso con l'insolvente").

In realtà, oltre al mutuo, è ipotizzabile almeno un'altra via per chiarire il contenuto del passo. Potrebbe infatti trattarsi anche dell'istituto della delegazione: nello specifico, Caio, consigliere fraudolento di Tizio ma anche debitore dello stesso per una determinata somma, assegna a quest'ultimo un nuovo debitore, Seio, il quale o paga il debito per conto dell'originario debitore Caio (*'delegatio solvendi'*) oppure promette di pagarlo in futuro (*'delegatio promittendi'*). Seio però,

l'espressione '*qui mutuam pecuniam rogavit*' (sopra riportato nella trascrizione del passo).

In questo senso, è molto probabile che il vantaggio patrimoniale<sup>387</sup> che Caio voleva aggiudicarsi dipendesse da un rapporto di credito-debito tra lui stesso e Seio: Caio, creditore di Seio per una determinata somma, voleva che quest'ultimo estinguesse il proprio debito nei suoi confronti con il denaro ricevuto da Tizio (tratto in inganno dallo stesso Caio in ordine alla solvibilità di Seio)<sup>388</sup>.

Ciò detto, è ora opportuno concludere l'esegesi di D. 4, 3, 8 soffermandoci sulla posizione di Caio rispetto al negozio – ovvero il contratto di mutuo, stando alla nostra interpretazione – stipulato da Tizio e Seio. Ora, rispetto al contratto di mutuo, Caio è terzo, ma è anche autore del dolo a causa del quale Tizio e Seio hanno contrattato. E proprio il fatto che egli sia autore della condotta fraudolenta è ciò che rileva ai fini della concessione dell'*actio de dolo* nei suoi confronti. Sotto questo profilo, quindi, non è nel giusto quella parte della dottrina che ritiene che il

---

come noto, è insolvente, quindi non può versare nulla a Tizio, il quale – al fine di veder soddisfatta la propria pretesa – potrà esercitare l'azione di dolo nei confronti del *deceptor* Caio. A ben vedere, però, questa ipotesi risulta meno verosimile rispetto a quella sviluppata sopra nel testo, relativa al contratto di mutuo. Infatti, nel passo non si fa menzione alcuna a termini specifici che possono ricordare il fenomeno della delegazione (cfr., sul tema, L. ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli, Jovene, 2010, in part. Cap. I) e, come se non bastasse, non è in alcun modo possibile dedurre se vi sia stato il consenso del creditore al cambiamento del debitore. Oltretutto, sarebbe in questo caso più difficile spiegare l'espressione '*lucri gratia*', dato che Caio non ricaverebbe così alcun vantaggio patrimoniale, ma soltanto il vantaggio di non dover più pagare Tizio.

A fini soltanto di precisazione, se l'ipotesi più verosimile fosse quella discussa nella presente nota, il supplemento ( '*qui mutuam pecuniam rogavit*' ) proposto dal Lenel nel paragrafo non avrebbe senso alcuno.

<sup>387</sup> Parla a ragione di scopo di lucro P. LAMBRINI, '*Actio de dolo malo*' e risarcimento per fatto illecito, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, cit., p. 88, nt. 69. In precedenza, lo stesso saggio era stato pubblicato in L. GAROFALO (cur.), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, II, cit., p. 580 ss., ed in P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, cit., p. 95 ss.

<sup>388</sup> Tale ipotesi trova autorevole riscontro nell'opinione di C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, parte prima, cit., p. 29 n. 64. Lo stesso argomento, a mio avviso, si potrebbe ricavare anche dalla traduzione tedesca del *Corpus Iuris Civilis* (O. BEHREND-S. KNÜTEL-B. KUPISCH-H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, II, Digesten 1-10, p. 364), dove viene già indicata la persona del debitore nella traduzione: "Wenn du aber, obwohl du weißt, daß er [der Schuldner] in Vermögensverfall geraten ist, um deines eigenen Vorteils willen mir versichert hast, er sei zahlungsfähig, ist mit Grund gegen dich die Klage wegen Arglist zu erteilen, weil du mir wahrheitswidrig jemanden anempfohlen hast, um mich zu täuschen".

convenuto nel giudizio instauratosi sulla base dell'esperimento dell'*actio de dolo* possa essere soltanto la controparte negoziale<sup>389</sup>.

## **B) Un caso celebre. La vendita viziata dal dolo dello schiavo**

### **B.1) La fattispecie nel dettaglio. I dubbi e le soluzioni della dottrina con specifico riferimento alla menzione dell'*actio de dolo* e della nullità della compravendita. In particolare, l'interpretazione proposta da Maria Floriana Cursi**

L'*actio de dolo* nei confronti di un soggetto che non sia parte contrattuale, ma autore del dolo, è ravvisabile anche in un altro testo celebre e notevolmente studiato<sup>390</sup> (già a partire dall'età dei Glossatori che basarono proprio su di esso la distinzione a noi nota tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*), tratto sempre

---

<sup>389</sup> Cfr., ad esempio, G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 173.

<sup>390</sup> Per citare i principali contributi: S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, II, in *BIDR*, 18, 1906, p. 229 ss.; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 20 ss.; J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 273 ss.; P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, Oliver and Boyd, 1958, p. 88s.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 188 ss.; A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, cit., p. 140 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 11 ss.; M.G. ZOZ, *'Restitutio in integrum' e manomissioni coatte*, in *SDHI*, 39, 1973, p. 125 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum restitutio und vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, cit., p. 250 ss. (su questo lavoro risulta molto utile anche la recensione di G. CERVENCA, in *Labeo*, 24, 1978, p. 213 ss.); A. WACKE, *'Circumscribere', gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS*, 94, 1977, p. 237 ss.; ID., *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in *ZSS*, 88, 1971, p. 111 ss.; M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen metus und dolus*, cit., p. 144, nt. 158; A. D'ORS, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in *SDHI*, 46, 1980, p. 31 ss.; G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus)*, cit., p. 88; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, cit., p. 260 ss.; S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 87 ss. e 103 ss., con attenzione soprattutto agli sviluppi nel diritto intermedio e 'Dogmengeschichte'; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 71 ss. (gli stessi rilievi sono presenti in C. CASCIONE-C.M. DORIA (cur.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli, Ed. Scientifica, 2007, p. 1229 ss.); T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 609 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 307 ss.; E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in *AUPA*, 59, 2016, p. 113 ss.

dall'undicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano (e riportato qui di seguito come nella versione mommseniana):

D. 4, 3, 7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut [ex empto] <ex vendito> teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*<sup>391</sup>.

Il frammento può essere suddiviso in due parti: nella prima – da *'Et eleganter...'* a *'salva esse non poterit'* – Ulpiano riferisce il pensiero di Pomponio sulle parole dell'editto *'si alia actio non sit'* relative all'*actio de dolo* e, nello specifico, alla sua sussidiarietà; nella seconda – quindi da *'nec videtur...'* sino alla conclusione – il giurista severiano riporta invece una *sententia* di Giuliano su un caso specifico<sup>392</sup>. Ciò detto, prima di analizzare dettagliatamente il testo e le sue notevoli implicazioni, è opportuno dare conto della dottrina che se ne è occupata.

Il passo è stato oggetto di pesanti critiche ad opera della dottrina meno recente. Così:

- a) Lenel, nella sua palingenesi, e sulla sua scia Solazzi e Biondi ritengono le parole *'aut... circumscriptus est'* inaffidabili<sup>393</sup>;

---

<sup>391</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 466.

<sup>392</sup> Tuttavia, secondo E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 122, la casistica dell'opera giuliana "... in genere non sembra riprodurre questioni reali sottoposte alla valutazione del giurista".

<sup>393</sup> Rispettivamente O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 466, nt. 1, che cita il Noodt; S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, II, cit., p. 242, nt. 1; B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, cit., p. 302 nt. 1. Ritiene invece genuino questo tratto K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg u. Leipzig, Elwert, 1869<sup>7</sup>, p. 277 ss.

- b) considerano il tratto '*hoc enim... in integrum restitutionem*' più o meno ampiamente non genuino Huschke, Beseler e Heldrich<sup>394</sup>;
- c) vengono mostrate ulteriori perplessità, sotto il profilo della incoerenza del testo, da parte di Van Oven, Brutti, d'Ors<sup>395</sup> e, soprattutto, Albanese<sup>396</sup>.

Oggigiorno, al contrario, si è testimoni di una diffusa inversione di tendenza. La dottrina moderna, infatti, tende ad affermare la sostanziale genuinità del passo, sulla base di una varietà di argomenti, che qui di seguito si cercherà di meglio chiarire. Per fare ciò, è utile una previa disamina della fattispecie contenuta in D. 4, 3, 7 pr.

In apertura, Ulpiano afferma che i *verba* edituali '*si alia actio non sit*' sono stati intesi elegantemente ('*eleganter*')<sup>397</sup> da Pomponio. Secondo quest'ultimo, con tali parole ci si riferiva al fatto che non si sarebbe potuta tutelare la situazione del *deceptus* in maniera diversa. A ciò fa seguito un caso concreto discusso da Giuliano,

<sup>394</sup> Cfr. rispettivamente E. HUSCHKE, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in ZSS, 9, 1888, p. 354 ss.; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, 45, 1925, p. 435; K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, cit., p. 17. Per G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 21 ss., invece, è da ritenere sospetto il tratto '*hoc enim... circumscriptus est*'.

<sup>395</sup> In ordine, J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 278 ss., vede nel tratto '*aut... circumscriptus est*' un glossema bizantino, su cui sarebbe poi intervenuto un primo sconosciuto annotatore, il quale avrebbe escluso l'azione derivante dal contratto soltanto a scopi esplicativi, per poi lasciare addirittura spazio a un successivo e non specificato autore grazie al quale il testo ci sarebbe giunto con il richiamo all'impossibilità della *restitutio in integrum* (sulle osservazioni del Van Oven, prende ampiamente posizione T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 627 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 322 ss.). Per M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 21 ss., anche sulla base della dottrina meno recente, il richiamo alla nullità della vendita non è da considerarsi autentico. Da ultimo, anche per A. D'ORS, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, cit., p. 36, è da escludere la classicità della nullità della vendita.

<sup>396</sup> B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 190 ss. L'eminente Autore, in particolare, ritiene rimaneggiato il passo sia con riferimento alla nullità della vendita sia con riguardo all'azione di dolo.

<sup>397</sup> Su '*eleganter*' si veda da ultimo E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 141 ss., che, proprio con riferimento al passo in commento, afferma, in contrasto con altre opinioni, che "*l'elegantia* è piuttosto, qui come altrove, una qualifica che attiene alla brillantezza non solo della formulazione, ma anche della scelta (etimologicamente) di una certa soluzione giuridica (rispetto, evidentemente, ad altre in astratto praticabili), e quindi del ragionamento che vi era sotteso e in essa veniva riversato in modo preciso e perentorio...". Su '*eleganter*' come connesso "al concetto di 'scelta' [*eligere*] di una opinione su altre logicamente concorrenti", si rinvia a M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana (Prolegomena I)*, cit., p. 150 ss. e nt. 213, ove ampia bibliografia.

preceduto però da una affermazione molto importante – ‘*nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit*’ – che fa da anello di congiunzione con quanto affermato in precedenza da Pomponio<sup>398</sup>. Si dice infatti che non sembra esservi contrasto tra quanto sostiene Pomponio stesso e quanto scritto da Giuliano nel suo quarto libro<sup>399</sup>, quando prendeva in considerazione il caso di un minore di venticinque anni che, indotto in errore dai fraudolenti consigli del proprio schiavo, lo vendeva ‘*cum peculio*’<sup>400</sup> a un altro soggetto, che lo avrebbe poi manomesso<sup>401</sup>. A questo punto vengono menzionati quattro diversi rimedi processuali<sup>402</sup>, nel seguente ordine:

- 1) l’*actio de dolo* nei confronti del servo liberato, autore del dolo;
- 2) l’azione derivante dal contratto di compravendita esperibile nei confronti del compratore;
- 3) la nullità del contratto di compravendita;
- 4) la *in integrum restitutio*.

Ai fini di una migliore comprensione della fattispecie (peraltro molto complessa) descritta nel passo sopra riportato, si proceda dunque ad esaminare i

---

<sup>398</sup> Persuasivo è quanto sostenuto da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 631 = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 325, secondo cui “la citazione di Giuliano è... riportata da Ulpiano con la preoccupazione che dalla sua lettura non risulti intaccata la regola generale subito prima espressa”.

<sup>399</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., § 49, c. 325.

<sup>400</sup> Il fatto che assieme allo schiavo venisse venduto anche il *peculium* di quest’ultimo era considerata una “Ausnahme”; infatti, nella normalità dei casi, il *peculium* dello schiavo sarebbe rimasto nella disponibilità del venditore (cfr. D. 21, 2, 3, nonché D. 18, 1, 29 ss.). Sul punto si veda S. HEINEMEYER, *Der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld – Redemptio suis nummis*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 108 ss., la quale cita proprio come eccezione a tale regola D. 4, 3, 7 pr. (p. 108, nt. 192). Sempre per quanto concerne questo testo non vede il trasferimento del *peculium* come assoluta eccezione A. WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum. Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 42, 1991, p. 65, nt. 49.

In ogni caso, per una panoramica più ampia sulla questione, cfr. F. REDUZZI MEROLA, ‘*Servo parere*’. *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, Jovene, 1990, p. 58 ss., p. 87 ss. e p. 278.

<sup>401</sup> Si veda sul punto l’osservazione di E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 121, nt. 32.

<sup>402</sup> Si noti bene, però, che la *in integrum restitutio* è pur sempre uno strumento *magis imperii quam iurisdictionis* (D. 50, 1, 26 pr. [Paul. 1 *ad ed.*]), pertanto, il termine ‘processuali’, è stato utilizzato in senso lato e per comodità espositiva.

rimedi processuali appena elencati uno a uno, illustrando altresì le perplessità avanzate dalla dottrina più risalente in merito al contenuto del testo e le soluzioni proposte recentemente dagli studiosi.

1) Per quanto concerne l'*actio de dolo*, è stato autorevolmente sostenuto da Bernardo Albanese che il suo richiamo nel testo non fosse genuino<sup>403</sup> a fronte di una serie di ragioni. In primo luogo, ci si richiama a un brano estratto dalle Istituzioni di Gaio, che così recita:

Gai 4, 78: *Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest [...]*.

Secondo Gaio viene meno la responsabilità nossale quando il servo o il figlio soggetto alla potestà paterna commettono un delitto nei confronti del *dominus* o dell'avente potestà. In questi casi – dice Gaio –, poiché non sorge alcuna obbligazione tra il soggetto a potestà e il titolare della potestà stessa, non potrà concedersi alcuna azione.

Secondo il romanista palermitano, tale testimonianza è corroborata da quanto affermato in una costituzione dell'imperatore Gordiano<sup>404</sup>:

C. 2, 30, 2 [*Imp. Gordianus A. Solanae*]: *etsi minor annis, ut adlegas, constituta servum tuum ab eo circumscripta in consilio manumisisti, tamen vindictae impositio, qua libertas iusta munitur, nec obtentu quidem aetatis rescindi potest. indemnitati vero tuae, a manumisso scilicet sarcindae, ab eo cuius iurisdictio est, quatenus iuris ratio permittit, consuli debet* [a. 241]).

---

<sup>403</sup> Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 190 ss. Concorde G. LONGO, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 769.

<sup>404</sup> Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 202 ss.

In questo provvedimento si riporta il caso di un minore di venticinque anni a cui non viene concessa l'azione di dolo contro lo schiavo da lui stesso liberato, che lo aveva raggirato (a sostegno della pretesa del minore parrebbe invece presentarsi la sola eventualità di un rimedio in sede di *cognitio extra ordinem*). Tale soluzione, messa in stretta connessione con il principio gaiano sopra riportato, portava l'Albanese a sostenere l'inaffidabilità del richiamo all'*actio de dolo* nel passo giuliano.

Contro tale ipotesi si è però efficacemente argomentato – *in primis* dal Brutti sino ad arrivare ai recenti contributi di Corsi e dalla Massara<sup>405</sup> – che esiste un testo, tratto sempre dall'undicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, nel quale si afferma esattamente il contrario, ossia che, analogamente a quanto accade in D. 4, 3, 7 pr., possa essere concessa al *deceptus* minore di venticinque anni l'azione di dolo (o un'*actio utilis*<sup>406</sup>) contro lo schiavo da lui stesso liberato, che lo aveva raggirato (anche in questo caso, a causa del *favor libertatis*, non può darsi la *in integrum restitutio*). Si tratta di:

D. 4, 4, 11 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Verum vel de dolo vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. sed et nomine earum rerum, quas dominicas servus manumissus supprimebat, competunt adversus eum actiones ad exhibendum et furti et condictio, videlicet quoniam et manumissus eas contrectabat. ceterum ex delicto in servitutem<sup>407</sup> facto domino adversus eum post libertatem actio non competit: et hoc rescripto divi Severi continetur<sup>408</sup>.*

---

<sup>405</sup> Rispettivamente, quindi, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 29 ss.; M.F. CORSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 74 ss.; T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 642 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 336 ss.

<sup>406</sup> Sono enunciate anche ulteriori alternative: si parla infatti di azioni *ad exhibendum*, *condictio* e *actio furti*, con l'unico limite della non esperibilità dell'azione nei confronti del manomesso per i delitti commessi quando era ancora schiavo.

<sup>407</sup> Anche '*in servitute*'. Si veda Mo.-Kr., nt. 5.

<sup>408</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 402, c. 474.



Accanto all'*actio de dolo* e a un'*actio utilis*<sup>409</sup>, sono indicati nel brano anche altri rimedi processuali, con l'importante limite di non poter esperire alcuna azione nei confronti del manomesso per i delitti commessi da quest'ultimo durante il periodo di schiavitù.

Ora, come si nota, il fatto che il principio gaiano affermato in Gai 4, 78 sia qui richiamato unitamente all'azione di dolo non può essere senza conseguenze, pena la non genuinità anche di D. 4, 4, 11 pr.<sup>410</sup>. In questo senso, come ha da ultimo ben osservato il dalla Massara, è da sostenere l'idea secondo cui il dolo non sia da annoverare tra i delitti sottoposti al divieto espresso da Gaio<sup>411</sup>, in quanto "... mostra una natura latamente delittuale, ma – tenuto conto anche dell'uso piuttosto elastico che nelle fonti si riscontra del termine *delictum* – al contempo non in tutto assimilabile... ai tipici *delicta* di *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*"<sup>412</sup>.

2) In ordine al secondo rimedio *supra* riportato, quanto espresso dalle parole tra parentesi '*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*'<sup>413</sup> indica che in concreto non è stato commesso dolo da parte del compratore;

---

<sup>409</sup> La quale, come afferma T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 644 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 338, dovrebbe essere modellata sull'*actio de dolo*, nonostante ciò si ponga apparentemente in contraddizione con il principio di sussidiarietà. Su tali argomenti si rinvia a A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, cit., p. 393 ss.

<sup>410</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 196. *Contra* però M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen metus und dolus*, cit., p. 144, nt. 158.

<sup>411</sup> T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 644 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 338 ss. Così anche M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 76 ss. In precedenza e con questa prospettiva si veda M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 33, per il quale "dal punto di vista teorico, l'impossibilità di configurare un vincolo obbligatorio tra *dominus* e sottoposto, che è alla base della formulazione gaiana, non viene messa in discussione. Infatti, un vero e proprio vincolo obbligatorio – sia pure *sui generis* – nasce dal dolo soltanto dopo la *causae cognitio* del pretore, cioè, nel nostro caso, quando egli concede l'azione contro lo schiavo manomesso: può essere considerato un vincolo tra liberi".

<sup>412</sup> Così T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 645 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 339.

<sup>413</sup> Certo, il fatto che nell'edizione mommseniana queste parole siano tra parentesi sembra, da un lato, renderle meno importanti, mentre dall'altro porta a riflettere. In effetti, un *incipit* come '*hoc enim sic accipimus...*' non può che far pensare al fatto che ci si trovi di fronte a un tentativo di spiegazione promosso da Ulpiano stesso, al fine di meglio chiarire la fattispecie. Sul punto, però, si

pertanto, non può essere data alcuna azione contrattuale contro di lui (azione contrattuale che, come si è correttamente puntualizzato in passato, non poteva che essere l'*actio venditi*, e non l'*actio empti*<sup>414</sup>).

Ad ogni modo, si ponga ora il caso in cui il dolo fosse stato posto in essere anche dall'acquirente: come detto, in questa ipotesi sarebbe stata concessa contro di lui l'azione contrattuale. In altri termini, si sarebbe trattato di una ipotesi di *collusio* tra lo schiavo e il compratore<sup>415</sup>. Tale *collusio*, a parere di chi scrive, si sarebbe potuta manifestare attraverso un preventivo accordo (o, più in generale, un rapporto di complicità) tra lo schiavo e il suo compratore, oppure – in maniera più velata ma altrettanto efficace – sulla base della mera conoscenza del dolo dello schiavo da parte del compratore (in sostanza, quindi, senza alcun preventivo contatto tra questi ultimi). Naturalmente, in entrambe le ipotesi quest'ultimo si sarebbe aggiudicato un vantaggio che doveva interessare in qualche modo il *peculium* del servo. È ipotizzabile, infatti, che il compratore, dopo aver manomesso lo schiavo, abbia trattenuto proprio quale contropartita il peculio assieme al quale il servo era stato venduto. Per fare ciò, evidentemente, lo schiavo aveva tratto in inganno il suo padrone sull'entità stessa del *peculium*, facendogli credere che il suo

---

veda più ampiamente *infra*, punto B.5), ove si propone una ulteriore possibile soluzione del passo in esame.

<sup>414</sup> Tra i vari si vedano J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 277, e A. WACKE, 'Circumscribere', *gerechter Preis und die Arten der List*, cit., p. 236 ss. Più di recente anche T. DALLA MASSARA *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 632 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 327.

<sup>415</sup> Per quanto concerne la *collusio* in generale, sia in ambito sostanziale sia in ambito processuale, si rinvia, da ultimo, a R. SCEVOLA, *La collusio nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in *SC*, 27, 2014, p. 237 ss. Molto più risalente, ma ancora fondamentale sull'argomento è lo studio di T. MAYER-MALY, «*Collusio*» in *Zivilproceß*, in *ZSS*, 71, 1954, p. 242 ss.

Nel libro e nel titolo delle Pandette di cui ci si sta occupando (D. 4, 3) sono presenti espresse ipotesi di *collusio*. Esse si trovano in D. 4, 3, 7, 9 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicat competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac 'si collusum est': alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo*, ed in D. 4, 3, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ideoque si quis pupillus a titio, tutore auctore colludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

valore fosse inferiore a quello reale. In compenso, l'acquirente si sarebbe così aggiudicato un peculio di importo superiore al prezzo della compravendita<sup>416</sup>.

3) Strettamente collegata al richiamo all'*actio de dolo* è l'affermazione della nullità della compravendita nell'ipotesi in cui il minore di venticinque anni sia stato raggirato dallo schiavo '*in hoc ipso ut venderet*', ossia "sul fatto stesso di concludere la compravendita"<sup>417</sup>. La stretta connessione tra le due ipotesi si può facilmente ricavare dal passo, quando si afferma in prima battuta '*... si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem...*', e, successivamente, per mezzo di un '*aut*', si dice che '*... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est...*'.

Buona parte della dottrina ha in passato fortemente dubitato della affidabilità del richiamo alla nullità della vendita, e ciò sulla base del fatto che due soluzioni differenti – azione di dolo e nullità della compravendita – sarebbero prospettate in forza dello stesso presupposto, l'inganno perpetrato dal servo<sup>418</sup>. Si darebbe così luogo ad una insanabile contraddizione, rendendo il passo sostanzialmente incomprensibile. Al contrario, la dottrina più recente ha tentato – per così dire – di

---

<sup>416</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 634 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 329. La stessa ipotesi, anche se meno sviluppata, era già stata avanzata molto tempo fa da J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 276. Contra M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 22, nt. 24, secondo cui tale ipotesi sarebbe priva di riscontro nel testo. Più conservativa, invece, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 78 ss. Da ultimo, concorda con le osservazioni del dalla Massara, E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 121 ss.

Quale alternativa alla soluzione sopra proposta nel testo, è stato anche ipotizzato che l'inganno perpetrato dallo schiavo avesse ad oggetto l'inclusione stessa del *peculium* nel contratto di compravendita. In questo senso, A. WACKE, '*Circumscribere*', *gerechter Preis und die Arten der List*, cit., p. 237 ss., e A. D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, cit., p. 33 ss.

<sup>417</sup> Questa è la traduzione dell'espressione fornita da S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, 1-4, Milano, Giuffrè, 2005, p. 298. Nella traduzione tedesca (O. BEHRENDTS-R. KNÜTEL-B. KUPISCH-H.-H. SEILER (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, cit., p. 361), la stessa espressione viene similmente tradotta con "... gerade in dem Punkt, daß er verkaufte...".

<sup>418</sup> Cfr., tra gli altri, J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 278.

“salvare” tale passaggio, basandosi su vari argomenti. Qui di seguito si darà conto soltanto delle argomentazioni fornite recentemente da Maria Floriana Cursi<sup>419</sup>.

Secondo quest’ultima, le due ipotesi, una sanzionata con l’azione di dolo, e l’altra con la nullità della compravendita, presuppongono ovviamente entrambe la condotta fraudolenta dello schiavo, ma tale condotta inciderebbe diversamente sul negozio, determinando così due differenti situazioni. In particolare, per quanto concerne la nullità dell’*emptio-venditio*, l’inganno deve aver inciso su circostanze determinanti, quale è evidentemente la volontà stessa di concludere il contratto. Contrariamente, nel caso di applicazione dell’azione di dolo, l’inganno dello schiavo deve aver riguardo soltanto a profili accessori (quali, ad esempio, l’entità del *peculium*), in modo tale che non si potrà pervenire alla caducazione del contratto (infatti, in questa ipotesi, la compravendita rimarrebbe valida), ma soltanto all’esposizione del servo (che, si noti bene, non è parte contrattuale) a una condanna pecuniaria per tramite dell’*actio de dolo*. A diversità di presupposti sostanziali corrisponde quindi diversità di rimedi<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> M.F. CURSI, *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 78 ss.

<sup>420</sup> Sostiene M.F. CURSI, *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 78 ss., che Giuliano “ha distinto un’incidenza parziale del dolo sulla vendita, nel primo caso, da un rilievo determinante, nel secondo... E allora possiamo ritenere che nel primo caso il consiglio fraudolento dello schiavo possa riguardare profili accessori quali... il trasferimento del peculio – elemento che nel passo è espressamente richiamato, con riflessi indiretti sul prezzo della vendita –; nel secondo, invece, possa aver determinato il minore a vendere lo schiavo. La differenza tra le due fattispecie giustifica, a questo punto, il diverso rimedio suggerito dal giurista, rendendo compatibile la nullità della vendita con la concessione dell’azione di dolo nei confronti dello schiavo”. In questo senso, anche se in precedenza, A. WACKE, *‘Circumscribere’, gerechter Preis und die Arten der List*, cit., pp. 237-238. Sembra aderire a questa interpretazione anche E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 122. *Contra*, da ultimo, T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 651 ss. = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 344 ss.

Per quanto concerne la prospettiva rimediale in ordine alla nullità della vendita (causata dal dolo determinante), è verosimile che fosse esperibile il rimedio generale della *condictio* da parte del venditore minore di venticinque anni nei confronti del compratore. Tale *condictio* doveva evidentemente servire quale rimedio a fronte di un arricchimento privo di giusta causa. Sposa questa soluzione M.F. CURSI, *L’eredità dell’actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 80, nt. 38 (con ulteriore letteratura a nt. 40), la quale cita, a sostegno della propria tesi, D. 4, 4, 48, 1 (Paul. 1 sent.): *‘minor ancillam vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit, sed adversus emptorem quanti sua interest actionem habebit’*, in cui si parla di una *actio adversus emptorem quanti sua interest*, nella qual ultima sarebbe appunto ravvisabile il rimedio della *condictio*. Sull’argomento puntuali osservazioni di R. FERCIA, *Il contratto annullabile*

È chiaro oramai che proprio su questi presupposti si fonda la celebre distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*, concettualizzata solo successivamente a partire dai Glossatori<sup>421</sup>.

4) Per quanto attiene alla *in integrum restitutio*<sup>422</sup>, sono riportate nella chiusa di D. 4, 3, 7 pr. le seguenti parole: *‘Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere’*. Ora, è chiara la ragione per cui in questa ipotesi non viene concessa la *in integrum restitutio* (in primo luogo quella connessa all’età del

---

e la sua ‘ombra’: invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema, in L. GAROFALO (cur.), *‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’*. In ricordo di Mario Talamanca, II, cit., p. 553 ss.

<sup>421</sup> Tale distinzione, con particolare riferimento all’esperibilità dell’*actio de dolo*, era già presente in Martino, su cui *Dissensiones dominorum*, Hugolini *Dissensiones dominorum* (ed. G. HAENEL) n. 254, Leipzig, 1834 (Aalen, 1964), p. 427 ss. Si veda, ad ogni modo, la definizione di AZONIS, *Summa Codicis*, De dolo malo Rubrica: *“De dolo malo dat causam contractui bonae fidei hoc est quia alias non erat contracturus nisi esset dolo inductus non tenet ipso iure contractus. Ubi autem deceptus erat alias contracturus... tenet venditio, sed purgatur dolus per actionem ex eo contractu.”*

<sup>422</sup> Classici studi sulla *in integrum restitutio* sono i seguenti: E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. ‘actiones arbitrariae’*, in ZSS, 36, 1915, p. 1 ss.; ID., *Zur nachklassischen ‘in integrum restitutio’*, in ZSS, 68, 1951, p. 410 ss. (entrambi anche in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, rispettivamente 321 ss. e 446 ss.); M. LAURIA, *‘Iurisdictio’*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, Treves, 1930, p. 479 ss.; E. CARRELLI, *L’‘intercessio’ della donna e la ‘restitutio in integrum’ del creditore*, in SDHI, 3, 1937, p. 305 ss.; ID., *‘Decretum’ e ‘sententia’ nella ‘restitutio in integrum’*, in AUBA, 1, 1938, p. 129 ss.; ID., *Sul ‘beneficium restitutionis’*, in SDHI, 4, 1938, p. 5 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, cit.; L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’ nella ‘cognitio extra ordinem’*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano, Giuffrè, 1965; M. SARGENTI, *Studi sulla ‘restitutio in integrum’*, in BIDR, 69, 1966, p. 193 ss.

*dominus*, tralasciando quella *propter dolum*)<sup>423</sup>: il *favor libertatis* la impedisce<sup>424</sup>, come impedisce la rimessione in pristino basata sull'*arbitratus de restituendo*<sup>425</sup> inserito nella formula dell'*actio de dolo*<sup>426</sup>. Pertanto, lo schiavo manomesso non

<sup>423</sup> Secondo A. WACKE, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, cit., p. 113, "bezeichnenderweise denkt der Jurist auch hier nur an eine Restitution wegen Minderjährigkeit; nicht etwa wegen *dolus*, die auch Volljährigen zustatten kommen müßte".

Importante, almeno per quanto riguarda la *in integrum restitutio adversus libertatem*, è D. 4, 4, 9, 6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *'adversus libertatem quoque minori a pretore subveniri impossibile est'*. Sul punto, T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 635 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 330, riprende qui le parole di un maestro tedesco, B. KUPISCH, *'In integrum restitutio und vindictio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, cit., p. 251, secondo cui "insbesondere auf fr. 7 pr. und fr. 9,6 wird der Satz gestützt, daß es (wegen des *favor libertatis*) *i.i.r.* gegen Freilassungen (genauer: gegen den Freigelassenen) nicht gibt. Unter *i.i.r.* versteht man hier also den Rechtsbehelf als solchen, ohne Unterschied des Restitutionsgrundes. Die Tatsache, dass der *manumissus* hingegen der Dolusklage unterliegt (fr. 7 pr.), führt sodan zu dem Schluß, daß die Dolusklage kein *i.i.r.* ist". Sulla scia di Kupisch anche H. ANKUM, *Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4.2.9.5-6 über die Abhilfen gegen 'metus'*, in *Festschrift für H. Hüber zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1984, p. 7, nt. 20.

<sup>424</sup> Per M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., p. 22, l'esclusione della *restitutio in integrum* "... non può considerarsi all'epoca di Giuliano come l'applicazione meccanica di un principio tradizionale e indiscusso, ma implica invece una scelta a favore del mantenimento della libertà del manomesso".

<sup>425</sup> Cfr. D. 4, 3, 18, 1 (Paul. 11 *ad ed.*): *'Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?'*.

Nega qualsiasi rilevanza alla clausola arbitraria B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, cit., p. 78 ss., il quale ritiene che nel diritto classico l'*actio de dolo* non potesse essere arbitraria, essendo "la facoltà di restituire la cosa per evitare la condanna... completamente il prodotto di una innovazione giustiniana la quale riuscì a snaturare il carattere e la struttura classica dell'*actio doli*". Questa interpretazione è oggi superata.

Tuttavia, la letteratura è divisa sull'interpretazione da dare al passo appena riportato. Una parte della dottrina afferma che l'inserimento della clausola arbitraria nella formula della *actio de dolo* era eventuale già a partire dalla fase *in iure*. Così, per P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, cit., p. 41 ss., nel caso in cui la restituzione fosse impossibile (come nell'ipotesi prospettata da Paolo sopra richiamata a inizio nota), era già il magistrato nella fase *in iure* del processo a non inserire nella formula l'*arbitratus de restituendo*, con conseguente condanna *in id quod intersit actoris* (senza la pesante conseguenza dell'infamia: affermazione quest'ultima che però non poggia su alcun riscontro testuale [contro da questo punto di vista (anche con sospetti di interpolazione del testo), B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., p. 196, nt. 547.]). Questa soluzione era stata già adottata in precedenza da C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, Giappichelli, 1982, p. 109, nt. 9, ed è oggi seguita anche da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 626, nt. 32 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 321, nt. 32. *Contra* di recente, peraltro con validi argomenti e resoconto puntuale della più autorevole dottrina, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, Jovene, 2012, p. 164 ss.

<sup>426</sup> Così T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., pp. 636-637 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 331.

sarebbe più potuto tornare alla sua condizione di servo del minore di venticinque anni<sup>427</sup>.

**B.2) Segue: l'interpretazione di Maria Floriana Cursi: risoluzione del problema relativo alla compatibilità del principio di sussidiarietà dell'*actio de dolo* con quanto sostenuto da Giuliano nella fattispecie concreta**

Dopo aver illustrato nel dettaglio il testo in esame, dando altresì conto delle opinioni dottrinali – in particolare, quella di Maria Floriana Cursi –, rimane peraltro una questione ancora aperta. Come noto, l'azione di dolo non può essere concessa in presenza di rimedi tipici, in quanto sussidiaria a questi ultimi. E proprio con riguardo a D. 4, 3, 7 pr. si tratta di stabilire se il principio di sussidiarietà dell'*actio de dolo*, presente nella prima parte del testo (‘*si alia actio non sit*’), sia compatibile o meno con quanto affermato da Giuliano nella seconda parte. Da questo punto di vista, l'esegesi del brano proposta dalla Cursi non lascia spazio a dubbi. L'*actio de dolo* è compatibile con tutti gli altri rimedi elencati, poiché:

- a) il ricorso alla *in integrum restitutio* è escluso<sup>428</sup>;
- b) la possibilità di esperire l'azione contrattuale contro l'acquirente è anch'essa esclusa;
- c) il regime dell'azione di dolo stessa e quello della nullità della compravendita sono tra loro compatibili<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Sempre sulla base della interpretazione del testo fornita da Cursi, è peraltro utile fare una breve precisazione in ordine al rimedio della *in integrum restitutio*, questa volta in connessione con la nullità della vendita (e, naturalmente, con il *dolus causam dans* che ne è causa). Afferma infatti l'Autrice che “... potrebbe darsi... che Giuliano abbia enfaticamente, in caso di dolo determinante [*che avrebbe condotto alla nullità della vendita*], il rilievo del dolo del terzo per ottenere un risultato che per il minore fosse analogo alla *restitutio*...” (M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 81).

<sup>428</sup> Al contrario, in normali circostanze – come, ad esempio, in D. 4, 3, 1, 6 (‘*Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret la in integrum restitutio*’)

–, la possibilità di tutelarsi per mezzo della *in integrum restitutio* avrebbe comportato l'esclusione dell'*actio de dolo* nel caso concreto.

<sup>429</sup> M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 79 ss.

### B.3) Segue: L'interpretazione di Maria Floriana Cursi: conclusioni e critica

Risolta anche quest'ultima questione, si può concludere dicendo che, attraverso tale rinnovata e pregevole esegesi, Maria Floriana Cursi è riuscita a dimostrare la sostanziale genuinità del passo nella sua interezza<sup>430</sup>.

Nonostante ciò, a parere di chi scrive, rimangono nell'interpretazione dell'importante studiosa ancora dei punti su cui v'è bisogno di prendere posizione.

A livello meramente formale, il testo viene quasi sempre riportato – e non solo dalla Cursi, beninteso, ma dalla maggior parte degli Autori sopra citati nelle note – nella sua versione mommseniana caratterizzata dalla parentesi ‘... (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*)...’. Tale segno diairetico, a dire il vero, avrebbe però bisogno di essere giustificato (cosa che solitamente la dottrina non fa), in quanto il passo può parimenti essere ricostruito senza l'utilizzo della parentesi, ed a tale ricostruzione conseguono anche modifiche contenutistiche (come vedremo più avanti).

A livello sostanziale, invece, il passo manifesta una intrinseca contraddizione – che il Brutti già aveva fatto a suo tempo notare<sup>431</sup>, e a cui forse la Cursi avrebbe dovuto dedicare più ampio spazio<sup>432</sup> – su un punto, che si rivela sì sanabile, ma non senza difficoltà. Per un verso, infatti, si esclude espressamente l'applicazione nel caso concreto della *in integrum restitutio* a causa del *favor libertatis*, in modo tale che lo schiavo già manomesso non ritorni ad essere schiavo a tutti gli effetti; per l'altro verso, invece, si afferma la nullità della vendita, soluzione quest'ultima però

---

<sup>430</sup> *Ivi*, p. 81 ss.

<sup>431</sup> M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., pp. 22-23 (in particolare, nt. 26), afferma, proprio in ragione di tale contraddizione, la non genuinità del richiamo alla nullità della vendita. È bene inoltre far notare che l'importante studioso cita anche D. 40, 4, 29 (sopra riportato nel testo), ma – nonostante quest'ultimo brano corrobori l'assunto per cui gli effetti della manomissione rimangono fermi anche nel caso di rilevazione di nullità dell'atto *ab initio* – resta comunque convinto del fatto che la contraddizione di cui si tratta non possa essere superata.

<sup>432</sup> In effetti M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., prende in considerazione la pesante obiezione di Brutti soltanto in nota: in particolare, p. 73, nt. 19, e p. 80, nt. 39.



che comporterebbe il ritorno del servo allo stato servile, in quanto condurrebbe altresì alla nullità della manomissione. Pertanto, con la negazione della *in integrum restitutio adversus libertatem* si favorirebbe lo schiavo manomesso, mentre con l'affermazione della nullità della vendita lo stesso verrebbe posto in una situazione paradossalmente contraria.

Anche in questo caso viene però in soccorso un passo, in tema di manomissioni testamentarie, sulle base del quale la contraddizione sopra descritta può essere superata. Il testo, riportato soltanto nella parte che ai nostri fini interessa, è:

D. 40, 4, 29 (Scaev. 23 dig.): [...] *quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. servi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est.*

Nell'ipotesi descritta dal presente passo, in forza del principio del *favor libertatis* (comune a D. 4, 3, 7 pr.), gli effetti della manomissione testamentaria non vengono intaccati sebbene sia rilevata la nullità del testamento *ab initio*. Pertanto, la nullità dell'atto che è allo stesso tempo presupposto della manomissione non importa necessariamente la nullità di quest'ultima. In questo senso, ipotizzando che il giurista<sup>433</sup> intendesse fare uso della stessa soluzione anche per D. 4, 3, 7 pr.<sup>434</sup>, sarà di conseguenza più difficile – anche se non del tutto escluso – dubitare dell'autenticità del richiamo alla nullità della *emptio-venditio*. Infatti, è non tanto sulla genuinità di quest'ultimo richiamo, quanto sul significato stesso di '*nulla est venditio*' che si snoda un recente e molto pregevole contributo del dalla Massara<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> Qui viene utilizzata genericamente la parola 'giurista' poiché, come vedremo *infra*, non è sicuro che si tratti di Giuliano (riportato da Ulpiano) o di Ulpiano soltanto.

<sup>434</sup> Sulla conoscenza da parte di Ulpiano o Giuliano di una tale possibile soluzione non credo si debba disputare, data anche la distanza temporale che separava questi ultimi con Scevola.

<sup>435</sup> Si tratta di T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 611 ss. = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio*

#### B.4) L'interpretazione di Tommaso dalla Massara. Conclusioni e critica

Ai fini della propria ricerca, quest'ultimo Autore prende le mosse dalle parole del Biondi, secondo cui nel diritto romano classico "... non poteva affatto presentarsi ai romani quella distinzione fra dolo *causam dans* e *incidens*. L'*actio doli*, come tutte le azioni romane, aveva un contenuto sempre fisso e invariabile; l'effetto era, in ogni caso, identico: costringere, cioè, il reo a prestare all'ingannato una pena il cui ammontare era calcolato secondo l'*id quod interest*. Dunque, la questione fra dolo che intacca l'essenza stessa del negozio, e dolo che ne intacca solo gli elementi accidentali o secondari, non poteva proporsi: o l'agire di una persona non aveva i caratteri e la gravità del *dolus*, ed allora era inespugnabile l'*actio doli*, o si accordava l'esercizio di detta azione ed allora l'effetto era sempre uno e costante, vale a dire attribuire all'offeso una pena equivalente all'*id quod interest*, mai però la nullità del negozio"<sup>436</sup>.

Quanto espresso a modo di obiezione dal Biondi coglie – secondo il dalla Massara – un aspetto fondamentale della questione, relativo alla stessa "proponibilità logica"<sup>437</sup> della distinzione tra dolo determinante e dolo incidente. Si tratta, infatti, di "... un'obiezione che muove dai principi fondamentali del processo formulare: non v'è dubbio infatti che la *condemnatio* non avrebbe potuto avere per oggetto altro che una somma di denaro; invece, sarebbe stata impensabile una pronuncia che oggi chiameremmo di natura costitutiva, ossia intesa a introdurre per via giudiziale una modificazione della situazione di diritto, tale per cui si pervenga

---

risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente, cit., p. 307 ss., già ampiamente citato nelle note precedenti.

<sup>436</sup> B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, cit., p. 301 ss., citato da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 622 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., pp. 317-318.

<sup>437</sup> ID., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 623 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 318.

– nell’ipotesi del dolo – all’effetto della caducazione contrattuale”<sup>438</sup>. Ed è proprio su quest’ultimo profilo che l’esegesi della Massara maggiormente si concentra.

Secondo l’importante studioso, l’affermazione per cui la *venditio* è *nulla* sarebbe da valutarsi sulla base di un angolo visuale diverso, per quanto ancora conservativo, rispetto a quello utilizzato dalla Cursi. Nello specifico, egli sostiene che la compravendita non si è mai perfezionata, in quanto le parti non sono addivenute ad alcun accordo a causa della condotta fraudolenta dello schiavo<sup>439</sup>. Egli riconsidera il contratto in chiave consensualistica e pone a fondamento di una tale soluzione l’aggettivo *nullus-a-um* (indefinito in latino; qualificativo, invece, in italiano e nelle altre lingue europee occidentali<sup>440</sup>), a cui i giuristi romani, nella maggior parte dei casi, conferivano un significato diverso da quello a noi noto<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> ID., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 623 = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 318.

<sup>439</sup> ID., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 651 ss. = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 344 ss., afferma efficacemente che “nel dire che la vendita è *nulla*, s’intende esprimere semplicemente che la vendita ‘non c’è’: si dice *nullus contractus* proprio in un senso corrispondente a quello del tedesco ‘kein Vertrag’. E la vendita non è venuta a esistenza perché le due volontà non si sono mai incontrate in un accordo. Nel passaggio dall’uno all’altro piano [*i.e.* da quello dell’azione di dolo a quello della nullità della vendita] si registra uno spostamento dell’attenzione dalla prospettiva che potremmo definire ‘esterna’ al contratto, ossia quella dell’azione di dolo, a quella ‘interna’ al contratto: il dolo viene in considerazione quale elemento ablativo della volontà contrattuale”.

<sup>440</sup> Sul punto si veda, ampiamente e con notevoli indicazioni anche a livello lessicografico, M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell’esperienza romana*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, p. 4 ss.

<sup>441</sup> La letteratura specialistica sul tema è svariata; soltanto a titolo esemplificativo si citano, oltre al contributo del Talamanca alla nota precedente (molto critico su quasi tutti gli studi precedenti), il vecchio manuale di L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 249 ss., all’interno del quale si trova la distinzione tra “nicht-existierende” ed “existierende Geschäfte”, poi ripresa – senza citare il Mitteis – da E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 327 ss., e successivamente criticata, anche se sostanzialmente ripresa, da S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 13 ss. [cfr. anche gli studi precedenti dello stesso Autore: ID., ‘*Leges perfectae*’, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 1075 ss.; ID., *Considerazioni su Gai. 3.176 (novazione mediante ‘stipulatio post mortem’)*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, p. 395 ss.; ID., *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, in *Studi in onore di G. Zingali*, III, Milano, 1965, p. 639 ss.]. Sul tema, inoltre, A. MASI, *Il negozio ‘utile’ o ‘inutile’ in diritto romano*, in *RISG*, 93, 1959-1962, p. 21 ss.; S. TONDO, s.v. *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, cit., p. 994 ss.; M. BRUTTI, s.v. *Invalidità (storia)*, cit., p. 559 ss.

Essi intendevano infatti indicare con tale aggettivo una vera e propria assenza del contratto (il contratto letteralmente ‘non è’, oppure ‘nessun contratto’)<sup>442</sup>.

A fronte di tali considerazioni, il dalla Massara – nonostante ammetta espressamente come in D. 4, 3, 7 pr. “... sia leggibile la traccia della distinzione tra i due tipi di dolo...”<sup>443</sup> – conclude escludendo la presenza del *dolus causam dans* nella fattispecie di cui a D. 4, 3, 7 pr. e, più in generale, nello stesso pensiero classico romano. Al contrario, egli ritiene che nel diritto romano sia proponibile soltanto la figura del dolo incidente, sanzionato in forma di condanna pecuniaria nell’*id quod interest* per mezzo dell’*actio de dolo*, la quale ultima ritrova la propria eredità nel disposto di cui all’odierno art. 1440 c.c.<sup>444</sup>.

Per concludere quanto sino ad ora rappresentato sull’interpretazione del romanista vicentino, non rimane che soffermarsi su due punti che, forse, risultano tuttora non del tutto chiari.

1) Il primo aspetto concerne il riferimento che il dalla Massara fa a quanto sostenuto dal Van Oven in merito al c.d. “principio classico di irrilevanza del dolo del terzo”<sup>445</sup>. Lo studioso olandese è persuaso che il richiamo alla nullità della compravendita – dovuto probabilmente a un non molto acuto “... professeur byzantin du IV ou V siècle, nourri de philosophie et de rhétorique et un adhérent

---

<sup>442</sup> In altri termini, non viene integrata la figura giuridica del contratto di compravendita, ad esempio. Insiste molto sul punto M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell’esperienza romana*, cit., p. 15 ss.

Per una rassegna delle varie espressioni (quali, ad esempio, *nullius momenti*, *inefficax*, *inanis*, *irritum*, e così via), più o meno equivalenti a *nullus*, usate dai *prudentes* sull’argomento – che oggi potremmo sussumere all’interno della categoria generale della ‘validità-invalidità del negozio’ – si faccia riferimento a M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., p. 246 ss. Si era invece cimentato in un ampio studio delle fonti sull’argomento F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS, 23, 1902, p. 380 ss.; ID., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, Beck, 1914, in particolare p. 11 ss.

<sup>443</sup> T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 653 = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 346.

<sup>444</sup> Cfr. ID., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., pp. 663-664 = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., pp. 355-356.

<sup>445</sup> ID., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., pp. 649 ss. = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., pp. 342 ss., che cita J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l’histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 279.

convaincu du dogme de la volonté...”<sup>446</sup> – sia del tutto fasullo in quanto smentisce tale principio.

A questo punto, presumibilmente tentando di fornire base testuale al richiamato principio, il dalla Massara cita D. 4, 3, 1, 2 (celeberrimo brano ulpiano contenente le definizioni di *dolus malus* fornite prima da Servio e poi da Labeone), da cui però non è dato ricavare alcunché circa l’irrelevanza del dolo del terzo<sup>447</sup>. Anzi, dalle parole utilizzate dal dalla Massara pare desumersi che tale passo del Digesto fosse già stato riportato dallo stesso Van Oven nel suo contributo, ma di ciò non v’è traccia alcuna.

Tuttavia, a parte questa piccola notazione, che di certo non inficia in alcun modo il lavoro dell’importante studioso, credo che la strada scelta dal dalla Massara, ovvero quella di riconsiderare il tratto ‘... *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*’ in chiave maggiormente consensualistica, sia quella più consona agli sviluppi del diritto romano classico.

2) Il secondo punto riguarda invece la struttura stessa del testo latino, così come riportato nell’*Editio maior* del Mommsen (e anche nell’edizione di Mommsen-Krüger), che crea non pochi problemi. Data l’importanza di tale aspetto, l’intero testo merita di essere nuovamente riletto, ed a ciò viene dedicato il paragrafo che segue.

### **B.5) Una ulteriore possibile soluzione**

Dato che la prima parte del testo, da ‘*Et eleganter...*’ a ‘...*non poterit*’, non comporta problemi alla sua struttura complessiva, la rilettura si limiterà alla seconda parte (per intederoci, quella dove viene riportata la *sententia* di Giuliano), questa volta però senza prendere a base la versione mommseniana<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> ID., *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l’histoire du dol dans les conventions*, cit., p. 279.

<sup>447</sup> Indizi in tal senso si possono ricavare dalle espressioni utilizzate in D. 42, 8, 9 (Paul. 62 *ad ed.*) e D. 44, 4, 11 pr. (Nerat. 4 *membr.*).

<sup>448</sup> Molto critico nei confronti della versione di Mommsen-Krüger è J.C. VAN OVEN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l’histoire du dol dans les conventions*, cit., che, proprio in apertura del suo contributo, a p. 275, osserva che “... le passage attribué à Ulpian dans D. 4, 3, 7 pr. a été pourvu d’une ponctuation tout-a-fait différente de celle qu’on trouve dans les éditions d’autrefois. Elle donne à ce texte, si important pour l’histoire du dol dans les conventions, une autre signification et

D. 4, 3, 7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): [...] *nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut [ex empto] <ex vendito> teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Nello specifico, senza apportare alcuna potatura al testo, si è tolta la parentesi ‘... (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*)...’ e si è inserito il punto fermo dopo ‘... *dandam in manumissum de dolo actionem*’, in modo da scomporre la prima frase (da ‘*nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem.*’) dalla seconda (‘*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*’)<sup>449</sup>.

Ora, questa netta separazione tra le due proposizioni impone una serie di riflessioni. A livello puramente formale e linguistico, nel secondo periodo l’espressione ‘... *nullam esse venditionem*...’ è parallela a ‘... *carere dolo*

---

puisque les manuscrits dans l’antiquité n’avaient pas de punctuation du tout, il s’agit de juger la quelle est la plus vraisemblable quand on veut savoir, ce qu’ont voulu dire les compilateurs du Digeste et, à la fois, ce qu’Ulpien a écrit et ce que Julien, cite ici par Ulpien, a répondu à la question qu’on lui avait posée”.

<sup>449</sup> Anche se in maniera cauta, non sembra escludere una soluzione di questo genere T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 647 = *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., pp. 340-341, secondo cui “se... si opina che le parole con le quali si prospetta l’ipotesi della responsabilità contrattuale – proprio quelle che nell’edizione mommseniana sono poste tra parentesi – siano di Ulpiano, allora, una volta interrotta la continuità della frase, qualche dubbio in più potrebbe sorgere circa la possibilità che alla struttura originariamente giuliana del discorso si fosse sovrapposto un più massiccio intervento, almeno con funzione di completamento e raccordo, da parte del più tardo giurista”.

*emptorem...*’ ed entrambe sono rette da ‘... *sic accipimus...*’; nel primo periodo, invece, ‘... *dandam... actionem*’ dipende da ‘... *Iulianus... scribit...*’: ciò evidentemente non solleva alcun contrasto tra le due locuzioni. In altre parole, l’alternativa (introdotta per mezzo dell’*aut*) non sarebbe più riscontrabile tra ‘... *si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem...*’ e ‘... *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est...*’, come accade nella prime due possibili interpretazioni del testo, ma tra ‘... *carere dolo emptorem...*’ e ‘... *aut nullam esse venditionem...*’. In questo senso, come si può notare, l’eliminazione della parentesi ‘... (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*)...’ dal testo porta con sé anche alcuni cambiamenti contenutistici.

Sotto questi profili, stando alla presente proposta di ricostruzione del passo, è molto probabile che il tratto da ‘*hoc enim sic accipimus...*’ a ‘... *locum habere*’ non sia di derivazione giuliana, come anche la serie di rimedi in esso contenuti, ma sia nella sua totalità di pugno ulpiano. Ciò vale a dire che Giuliano avrebbe soltanto proposto quale rimedio l’*actio de dolo*, e non gli ulteriori elencati in successione nel brano, che sarebbero invece invenzione di Ulpiano. Un primo forte indizio in tale direzione è dato dall’espressione ‘*hoc enim sic accipimus...*’<sup>450</sup>, con cui il giurista di Tiro intendeva evidentemente introdurre le proprie puntualizzazioni, le quali non potevano che avere ad oggetto un aspetto problematico non risolto da Giuliano e relativo nello specifico alla sussidiarietà dell’*actio de dolo*. In questo senso, si può ipotizzare che Ulpiano, dopo aver citato Pomponio e il principio ‘*si alia actio non sit*’ e aver riportato la oramai nota *sententia* di Giuliano – nella quale, sebbene venisse affermata la concessione dell’azione di dolo, non si teneva di per sé conto del carattere sussidiario della stessa

---

<sup>450</sup> Si ricordi che questo tratto, nella prima versione del testo, ovvero quella mommseniana, è inserito, tra parentesi: ‘... (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*)...’.

Con riferimento al verbo *accipere*, è stato oramai dimostrato il largo utilizzo che Ulpiano ne fa nelle sue opere. Sull’argomento si veda, per tutti, T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 64 ss.

–, abbia, proprio in conseguenza di tale lacuna, tentato di rendere compatibile il principio edittale della sussidiarietà con il parere giuliano.

Al fine di rendere coerente quanto descritto da Giuliano con il principio appena richiamato, è lecito pensare che Ulpiano abbia appunto elencato un ventaglio di rimedi che, almeno in astratto, potevano tutti essere preferiti all'*actio de dolo* nel caso concreto. Tali rimedi consistevano proprio nell'*actio venditi* contro il compratore e nell'*in integrum restitutio*.

Per quanto riguarda l'*actio venditi*, il giurista severiano doveva evidentemente dare per presupposto che questa non fosse configurabile per due ragioni, alternative tra loro (si veda in questo senso l' *'aut'*), ossia:

- nell'ipotesi – rappresentata dall'espressione '*... carere dolo emptorem...*' – in cui mancasse il dolo dell'acquirente stesso (in particolare quando quest'ultimo era ignaro dell'inganno perpetrato dallo schiavo nei confronti del venditore);
- nel caso – rappresentato dall'espressione '*... nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet...*' – ove la natura dell'errore in cui era stato indotto il minore di venticinque anni impedisse di per se stessa la vendita.

A differenza del primo punto, che appare chiaro nella sua *ratio*, il secondo punto merita di essere osservato più da vicino.

Il senso dell'espressione '*... nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet...*' potrebbe meglio comprendersi tenuto conto della riflessione che i giuristi romani hanno sviluppato, soprattutto a partire da Labeone, sul profilo consensualistico nei contratti<sup>451</sup>. Ulpiano certamente conosceva bene tale dibattito

---

<sup>451</sup> Per una veduta d'insieme sull'argomento si rinvia a C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, *passim* (in particolare, p. 399 ss.) Con specifico riferimento al tema del consenso contrattuale, si faccia riferimento ai contributi presenti in A. BURDESE (cur.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, Cedam, 2006 (ed in particolare a ID., *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, p. 87 ss. – saggio in precedenza pubblicato anche in F. MILAZZO (cur.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 2000)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 87 ss.), nonché più recentemente a R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in E. CHEVREAU-D. KREMER-A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (cur.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, De Boccard, Paris, 2012, p. 311 ss. (con ampia bibliografia).



ed è molto probabile che egli abbia, proprio alla luce di ciò, tentato di dare delle solide fondamenta alla propria argomentazione. In specie, sono persuaso dal fatto che le parole sopra richiamate siano manifestazione di una certa attenzione ulpiana alla prospettiva consensualistica, già da quest'ultimo evocata in altri testi della compilazione<sup>452</sup>, e in particolare in D. 18, 1, 9 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*)<sup>453</sup>, dove in apertura egli afferma chiaramente che *'In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient..., emptio imperfecta est...'*. Questo passo è, come noto, fondamentale ai fini della teoria dell'errore in tema di compravendita<sup>454</sup>, e, nei limiti di quanto a noi qui interessa, può essere invocato per un confronto con D. 4, 3, 7 pr. Mi sembra infatti che si possa riscontrare, valorizzando il tutto in chiave maggiormente consensualistica, una certa concordanza tra le seguenti espressioni<sup>455</sup>:

- *'... in hoc ipso ut venderet...'* (D. 4, 3, 7 pr.) e *'... in ipsa emptione...'* (D. 18, 1, 9 pr.);
- *'... nullam esse venditionem...'* (D. 4, 3, 7 pr.) ed *'... emptio imperfecta est...'* (D. 18, 1, 9 pr.), incisi da considerare equivalenti e che stanno a significare che la fattispecie giuridica della compravendita non si è perfezionata<sup>456</sup>.

Prendendo le mosse da D. 18, 1, 9 pr., è evidente come qui il dissenso verta sulla natura stessa del contratto concluso (*'... in ipsa emptione...'*) e sia cagionato da quello che la dottrina identifica con il termine *error in negotio* (che, nel caso di

<sup>452</sup> Vedi, ad esempio, D. 21, 1, 131, 18 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 19, 2, 13, 11 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19, 2, 13, 12 (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 17, 2, 19 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

<sup>453</sup> Per quanto riguarda i libri *ad Sabinum* di Ulpiano si rinvia a F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, in *Labeo*, 10, 1964, p. 50 ss. e p. 234 ss. (edizione corretta e riveduta dell'opera apparsa nel 1906 ad Halle per i tipi dell'editore Max Niemeyer).

<sup>454</sup> Cfr. sull'argomento, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 233; M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom)*, cit., p. 303 ss. (con ampia bibliografia e discussione della dottrina precedente), nonché, più recentemente, J.D. HARKE, *'Si error aliquis intervenierit'. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 23 ss. (con letteratura); W. ERNST, *Irrtum. Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 1 ss.

<sup>455</sup> Vede una certa connessione tra i due passi anche R. FERCIA, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, cit., p. 559 ss.

<sup>456</sup> Cfr., sul punto, M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom)*, cit., p. 324.

specie, viene detto *error in ipsa emptio*)<sup>457</sup>, esempio quest'ultimo – se volessimo mutuare il linguaggio giuridico moderno – di errore ostativo (o errore sulla dichiarazione), che rende l'*emptio*, appunto, *imperfecta*<sup>458</sup>. Nel diritto romano, tuttavia, come si è accennato, la prospettiva dell'errore è fortemente permeata dall'elemento consensualistico, pertanto ciò che conta è la presenza o meno del consenso sul regolamento d'interessi convenuto. Se il consenso manca o se vi è dissenso<sup>459</sup>, il che è equivalente, la fattispecie giuridica non può essere integrata.

Ciò precisato su D. 18, 1, 9 pr., a me sembra che anche il richiamo alla nullità della vendita in D. 4, 3, 7 pr. possa essere spiegato in questi termini<sup>460</sup>. Il *dominus* minore di venticinque anni, sulla base dell'influsso fraudolento dello schiavo<sup>461</sup>,

---

<sup>457</sup> È molto dibattuto in dottrina se anche una costituzione imperiale della fine del III secolo d.C. si riferisca o meno alla tematica dell'*error in negotio*. Si tratta di *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Victori C.I. 4, 22, 5: Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constituisse procul dubio est* (a. 294). In specie, a causa della condotta fraudolenta della controparte, era stata apposta la *subscriptio* a un documento recante vendita (di un fondo, probabilmente), e non locazione come invece era stato stabilito durante le trattative. Secondo M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom)*, cit., p. 324, non vi sono dubbi sul fatto che questo sia “un caso esemplare... di errore ostativo sulla dichiarazione nel suo complesso, e di *error in negotio*”. Per il grande romanista, infatti, il dolo della controparte è qui irrilevante per la qualificazione dogmatica della fattispecie (*contra* sul punto, ma non a ragione, U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., pp. 88-89). In precedenza, riteneva che il testo descrivesse una ipotesi di errore ostativo e parlava di divergenza tra volontà e dichiarazione, G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova, Cedam, 1938, p. 173. Affermava, dal canto suo, la natura di *error in negotio* P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, cit., p. 105 (riconfermata anche più tardi in ID., s.v. *Errore (diritto romano)*, cit., p. 237, nt. 7). Sono contrari al precedente impianto e non rilevano alcun *error in negotio* nella fattispecie J.G. WOLF, *Error im römschen Vertragsrecht*, Köln-Graz, Böhlau, 1961, p. 87 ss.; W. FLUME, *recensione a J.G. WOLF, Error im römschen Vertragsrecht*, cit., in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit – The Legal History Review (=TR)*, 30, 1962, p. 363 ss. (in particolare, p. 368); nonché M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., p. 238, nt. 19.

<sup>458</sup> Limitatamente al significato di questo aggettivo si rinvia a M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., p. 247.

<sup>459</sup> Sulla mancanza di consenso o, il che è lo stesso, sul dissenso nel diritto romano si rinvia all'equilibrata voce di F. CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, cit., p. 235 ss.

<sup>460</sup> Anche T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 661, nt. 100 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., pp. 353-354, nt. 100, fa menzione, sebbene in nota, di una tale affinità, ma non dà ulteriori indicazioni.

<sup>461</sup> Non rilevante evidentemente ai fini della qualificazione dogmatica della fattispecie. Alla stessa maniera R. FERCIA, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, cit., p. 559. Si ricordino, in questo senso, anche le parole di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, cit., p. 34, nt. 115, secondo cui nelle fonti romane “*dolus*... è vizio del consenso e può altresì portare (ma in questo caso non rileva mai come tale [*sc.* come vizio del consenso], in quanto non v'è un margine

potrebbe non essersi reso conto di aver venduto il suo stesso servo, essendo caduto in errore sulla portata della propria dichiarazione. Ad esempio, si potrebbe ipotizzare che pensasse a una *locatio rei* – ovvero di dare temporaneamente a godimento lo schiavo dietro il pagamento di un corrispettivo –, mentre invece concludeva, non rendendosene conto, un contratto di compravendita. Si tratterebbe pertanto di un errore ostativo unilaterale, avente ad oggetto la natura stessa del negozio concluso e produttivo di dissenso rilevante ai fini della mancata integrazione della fattispecie giuridica<sup>462</sup>. Anche qui perciò, come nella soluzione proposta dal dalla Massara, la compravendita non è mai venuta ad esistenza.

Sebbene vi sia la consapevolezza che una tale soluzione può essere avanzata soltanto con cautela, si può affermare, in conclusione, che la stessa, oltre ad aver reso forse giustizia all'elemento testuale, eliminando la parentesi (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*), si rivela altresì maggiormente aderente alla linea di pensiero dei giuristi romani sul problema del consenso.

Portata a termine la complessa esegesi del passo, ora non resta che concentrarsi sulla posizione (giuridica) del servo, fondamentale ai fini della presenta ricerca.

---

di differenza per l'operatività dell'errore sulla dichiarazione dovuto e di quello non dovuto all'inganno della controparte od anche di un terzo) ad un errore sulla dichiarazione...".

<sup>462</sup> Così anche R. FERCIA, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, cit., p. 559, che però, nella scelta tra questa interpretazione e quella fornita dalla Cursi, propende per quest'ultima.

Sulla nostra stessa direzione si pone l'interpretazione proposta da K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., p. 277 ss., il quale vede nella frase di cui si sta discutendo sopra nel testo, ovvero '*... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*', un'altra causa di esclusione dell'*actio venditi*, e non una nuova decisione (anch'egli infatti cita il passo al netto della parentesi). Come per noi, l'azione contrattuale, secondo il Vangerow, non può trovare applicazione per due motivi: a) è assente il dolo del compratore; b) la vendita è nulla per errore essenziale cagionato dal dolo del servo. Limitatamente a quest'ultima ipotesi, si nota come anche il Vangerow propenda per la presenza di un errore a causa del quale la vendita è impedita. L'esegesi del pandettista tedesco è ritenuta pregevole e degna di nota da S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, II, cit., p. 242, nt. 1.

Ad ogni modo, sulla dottrina dell'errore a partire dalla Glossa sino ad arrivare all'introduzione del BGB, fondamentale il lavoro di M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtum von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2000.

## B.6) La posizione giuridica dello schiavo

Lo schiavo, nel caso di specie, si trova in una posizione peculiare. Egli è tanto *res* quanto uomo capace, poiché dotato di astuzia, di indurre altri in errore al fine di guadagnarsi la libertà<sup>463</sup>. Egli è quindi, in quanto *res*, oggetto del contratto, e in quanto uomo, autore del dolo. Ed ancora, poiché non è di certo parte contrattuale, deve giocoforza concludersi che egli è terzo rispetto al negozio<sup>464</sup>.

Ciò premesso, si faccia ulteriormente una distinzione tra i rimedi considerati di possibile applicazione in D. 4, 3, 7 pr., ovvero 1) l'*actio de dolo* e 2) la nullità della compravendita, il tutto alla luce delle interpretazioni del testo illustrate nei precedenti paragrafi.

1) Per quanto riguarda l'*actio de dolo* – caratterizzata da una *intentio in personam scripta* che, unitamente alla previsione dell'infamia in caso di condanna, imponeva l'obbligo di indicare precisamente l'autore del dolo –, il fatto che la condotta fraudolenta fosse stata posta in essere dalla controparte contrattuale o da un terzo estraneo al contratto non rilevava giuridicamente: l'importante era che venisse sanzionato l'autore del dolo, chiunque esso fosse<sup>465</sup> (naturalmente, come si è più volte prospettato, se il dolo fosse comune al compratore, egli risponderebbe a titolo contrattuale). In questo senso, pertanto, a prescindere dalla soluzione del caso concreto che si ritenga più verosimile, limitatamente all'*actio de dolo* non vi sarebbe comunque nulla da obiettare.

---

<sup>463</sup> Cfr., sul punto, E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, cit., p. 122, nt. 37, il quale parla di «reificazione imperfetta» del soggetto schiavo.

<sup>464</sup> Cfr. R. FERCIA, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, cit., p. 561, il quale vede il servo quale “terzo qualificato”.

Si noti bene che un ragionamento di questo tipo è sviluppato su categorie concettuali costruite dalla scienza giuridica moderna, quindi deve essere preso per quello che è. I *prudentes* romani non hanno mai teorizzato un concetto di terzo e neppure avrebbero avuto interesse a farlo. Lavorando perlopiù a livello casistico, ogni qual volta si fosse proposto un problema, lo avrebbero risolto con un angolo di visuale diverso da quello utilizzato oggi. Ad ogni buon conto, per quanto concerne nello specifico il concetto di terzo, risulta difficile pensare a quale potrebbe essere la diversità tra la prospettiva romana e quella odierna, nella qual ultima il concetto di terzo è costruito in negativo rispetto a quello di parte del negozio.

<sup>465</sup> Cfr., per tutti, G.I. LUZZATTO, s.v. *Dolo (diritto romano)*, cit., p. 715.

2) Al contrario, nell'ipotesi della nullità della vendita si devono distinguere due diversi effetti, corrispondenti il primo alla soluzione facente capo alla Cursi ( $\alpha$ ), e il secondo alla soluzione del dalla Massara ( $\beta$ ) e alla mia ( $\gamma$ ), sopra ampiamente illustrate. Pertanto:

$\alpha$ ) sulla base della soluzione della Cursi, si avrebbe la nullità del contratto di compravendita a causa del *dolus causam dans* di un terzo. Ciò significa, da un lato, che il compratore, ignaro del comportamento fraudolento del terzo, deve subire a proprio svantaggio gli effetti di tale condotta (profilo quindi relativo alla tutela dell'affidamento); mentre, dall'altro lato, enfatizzando il rilievo del dolo del terzo – in caso di dolo determinante –, si rinviene la volontà di proteggere il *deceptus* contro l'inganno da lui subito (e ciò pur sempre a fronte dell'esigenza inderogabile di mantenere in condizione di libertà lo schiavo manomesso). Se la questione della tutela dell'affidamento non risulta essere decisiva<sup>466</sup>, molto più problematico è invece giustificare una tale soluzione alla luce del principio di irrilevanza del dolo del terzo. In quest'ultima ipotesi, quindi, delle due l'una: o si ammette la nullità della vendita come eccezione a tale principio, oppure si deve concludere che tale soluzione non è quella corretta.

$\beta$ ) con riguardo alla soluzione del dalla Massara, le ultime perplessità non possono sussistere, in quanto le volontà delle parti, a causa del dolo del servo, non si sono mai incontrate e il contratto, pertanto, non è venuto ad esistenza. Stando a questa ipotesi, la prospettiva dell'azione di dolo e quella ove si afferma che la *venditio* è nulla si collocano su due piani diversi tra loro, sulla base di presupposti del tutto differenti, per cui "... poco importa che la "causa impediante sia ravvisabile nell'attività della controparte oppure in quella del terzo"<sup>467</sup>. Naturalmente, anche in questo caso, l'esigenza di base è quella di mantenere in libertà il manomesso.

---

<sup>466</sup> Ma probabilmente ciò non era molto rilevante per i giuristi romani. Come si può facilmente notare, infatti, qui non è presente alcuna tutela dell'affidamento dell'*emptor* sul negozio.

<sup>467</sup> Così T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, cit., p. 658 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, cit., p. 351.

γ) con riguardo, infine, alla mia ipotesi, nulla diverge in termini di effetti rispetto a quanto sostenuto dalla Massara. Come si è visto, le differenze rispetto all'interpretazione dell'importante studioso si risolvono su altri piani.

### C) Ipotesi di dolo negli atti negoziali unilaterali

Sempre all'interno del titolo *De dolo malo* del Digesto si trova un interessante brano di Ulpiano in tema di dolo negli atti negoziali unilaterali. Si tratta di:

D. 4, 3, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, [vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit]<sup>468</sup>: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris<sup>469</sup>.*

Malgrado i sospetti, peraltro soltanto di forma, della dottrina più risalente<sup>470</sup>, il passo è da considerarsi sostanzialmente autentico. Qui Ulpiano descrive un caso in cui veniva concessa l'*actio de dolo* nei confronti di un soggetto che aveva fraudolentemente persuaso il chiamato (erede volontario) a ripudiare l'eredità, in quanto quest'ultima non sarebbe stata sufficiente a coprire le passività. A ben vedere, similmente a quanto avviene nella fattispecie descritta da D. 4, 3, 7, 10<sup>471</sup>, l'elemento considerato da solo sufficiente a che venga concessa l'azione di dolo è l'"intenzione malvagia"<sup>472</sup>, la *calliditas*.

Ciò considerato, si analizzi ora il testo sotto un diverso profilo, avuto cioè riguardo alla "posizione giuridica" rivestita dal *deceptor*. Per poter adeguatamente risolvere tale questione, bisogna dapprima soffermarsi sulla natura giuridica dell'atto di rinuncia (o ripudio) all'eredità. Come noto, nel diritto romano – alla pari dell'attuale diritto civile –, la rinuncia all'eredità è senza dubbio un atto negoziale

---

<sup>468</sup> La parte del testo tra parentesi quadra riguarda una fattispecie che qui non interessa.

<sup>469</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., § 385, c. 467-468.

<sup>470</sup> Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1, cit., p. 222, nt. 9; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 154; ID., *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, cit., p. 777 ss.

<sup>471</sup> V. *supra*, p. 135 ss.

<sup>472</sup> Cfr., per tutti, P. LAMBRINI, '*Actio de dolo malo*' e risarcimento per fatto illecito, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, cit., p. 91, nt. 80.

unilaterale a destinatario indeterminato, per mezzo del quale il chiamato all'eredità esprime la volontà di non acquisire quanto sarebbe di sua spettanza<sup>473</sup>. Ciò significa – non è nemmeno il caso di dirlo – che il consigliere fraudolento, nel passo di cui trattasi, non è destinatario dell'atto di rinuncia. Al contrario, a me sembra, con le dovute cautele, che quest'ultimo possa ritenersi estraneo all'atto negoziale in sé considerato, vale a dire terzo rispetto allo stesso. Si è detto “con le dovute cautele”, in quanto non può nascondersi il fatto che il soggetto ingannatore ha, in qualche misura, un interesse a che il chiamato rinunci all'eredità. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare che anch'egli sia chiamato all'eredità e, al fine di acquistare la quota dell'altro per mezzo dell'istituto dell'accrescimento, lo persuada fraudolentemente a ripudiare l'eredità. Certo, se così fosse, si dovrebbe di conseguenza discutere su quale sia la posizione di questo soggetto interessato. In specie, sarebbe da chiedersi se possa o meno essere ritenuto vero e proprio terzo. In linea di principio, non vedo alcuna incompatibilità tra il concetto di terzo (come inteso nella presente ricerca) e l'interesse che lo stesso intende soddisfare. Invero, oltre al fatto che si sta facendo uso di una nozione molto lata di terzo, non vedo perché la si debba “svuotare” soltanto in base al fatto che il terzo stesso sia interessato (*scilicet* agli effetti dell'atto negoziale). D'altra parte, nei negozi unilaterali, mancando la controparte, il dolo non può che provenire da un terzo.

Una ipotesi simile a quella appena presentata è rinvenibile, sempre all'interno del titolo *De dolo malo*, in un passo attribuito al giurista Furio Antiano<sup>474</sup>, inserito in D. 4, 3, 40.

D. 4, 3, 40 (Fur. Anth. 1 *ad ed.*): *Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio*<sup>475</sup>.

<sup>473</sup> Nel diritto romano, la rinuncia è atto che non è sottoposto ad alcun vincolo di forma. Cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (corso di lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 294; P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1967<sup>2</sup>, p. 606.

<sup>474</sup> Cfr. R. ORESTANO, s.v. «Furio Antiano», in *NNDI*, 7, 1961, p. 687.

<sup>475</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., § 2, c. 180.

Qui viene descritto il caso di un *Is* che inganna un soggetto, chiamato all'eredità, inducendolo ad accettarla – e non a ripudiarla, come in D. 4, 3, 9, 1 – anche se non è idonea, ovvero oberata di debiti.

Nel brano si possono distinguere due ipotesi, una generale e una speciale, connesse tra loro. Dalla prima ipotesi, delineata nel periodo '*Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur...*', si ricava soltanto che il *deceptor* risponde *de dolo* – vale a dire è soggetto all'*actio de dolo* – per l'inganno perpetrato nei confronti del chiamato all'eredità. L'ingannatore, però, in questo caso non sembra avere alcun interesse diretto a che venga accettata l'eredità incapiente da parte del chiamato. Semmai, come è già stato acutamente osservato<sup>476</sup>, l'interesse e il conseguente vantaggio sarà dei creditori del *de cuius*, i quali, considerata la confusione dei patrimoni stessi, potranno soddisfarsi sui beni dell'erede. Il fatto che il consigliere fraudolento, nel primo caso, non sia direttamente interessato si desume *e contrario* anche dall'ipotesi speciale, descritta nel periodo '*... nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio*'<sup>477</sup>. Qui si fa salvo il caso in cui il *deceptor* sia anch'egli creditore, nonché unico creditore a ricavare vantaggio dall'accettazione dell'eredità. Pertanto, se quest'ultimo esperisce l'azione per il debito ereditario (di cui l'erede non era a conoscenza, poiché ingannato proprio sul punto), sarà data contro di lui l'*exceptio doli*'<sup>478</sup>.

Ora, rispetto alla testimonianza ulpiana tratta da D. 4, 3, 9, 1, a me sembra che in D. 4, 3, 40, quantomeno in relazione all'ipotesi generale<sup>479</sup>, la posizione del *deceptor* sia, forse ancor più chiaramente, quella di terzo rispetto all'atto (questa volta di accettazione dell'eredità, anch'esso, ovviamente, unilaterale).

---

<sup>476</sup> Cfr. U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, cit., p. 69 ss.

<sup>477</sup> Questo periodo è stato ritenuto interpolato da G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, cit., p. 186, nt. 2, ma senza validi argomenti. *Contra*, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 284 ss., nt. 153; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, cit., p. 405 ss., nt. 109.

<sup>478</sup> Secondo M.F. CURSI, *Actio de dolo e danno da falsa informazione di terzo*, cit., p. 1250, la novità del passo attribuito a Furio Antiano poggia sulla dialettica tra *actio de dolo* ed *exceptio doli*, da inquadrarsi nella logica della sussidiarietà della prima rispetto alla seconda, come enunciato in D. 4, 3, 1, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*).

<sup>479</sup> Credo, peraltro, si possa dire lo stesso anche rispetto all'ipotesi speciale.







## **Sezione II**

*Dal diritto romano al diritto moderno*



## Capitolo unico

### *La riflessione della Pandettistica tedesca e il passaggio al diritto moderno*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'opera di Christian Friedrich (von) Glück. – 2. La teorica della libertà del volere e le sue conseguenze nel 'System des heutigen römischen Rechts' di Friedrich Carl von Savigny. 3. Le ripercussioni della dottrina del Savigny: il pensiero dei pandettisti. 4. L'esempio del § 123 del 'Bürgerliches Gesetzbuch'.

#### **1. Premessa. L'opera di Christian Friedrich (von) Glück**

Al fine di comprendere come il dolo e, in particolare, il dolo del terzo siano stati annoverati all'interno della teoria dei vizi della volontà, si è deciso di ripercorrere alcune tra le più significative tappe della sua evoluzione attraverso i secoli.

Nella piena consapevolezza che la tradizione romanistica postulerebbe un approfondimento di enorme portata – che prende le mosse dal diritto romano classico per arrivare sino al diritto romano giustiniano, passando poi per i glossatori, i commentatori, e così via –, si è dovuto operare una scelta che limitasse tale percorso e che, allo stesso tempo, riuscisse a giustificare un salto temporale così ampio. Si è così deciso di agganciare la sezione romanistica (sezione I) della presente ricerca alla dottrina pandettistica tedesca; quest'ultima, invero, rappresenta un punto di raccordo privilegiato col diritto romano (giustiniano)<sup>1</sup>, da un lato, e col diritto attuale, dall'altro lato.

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), 1, Firenze, Olschki, 1977, p. 29 ss.

Ciò premesso, saranno qui di seguito illustrate le teorie dei maggiori esponenti del c.d. 'Pandektenrecht' (singolarmente considerati) in materia di dolo (negoziale) del terzo, a cominciare da Christian Friedrich (von) Glück<sup>2</sup>, che – benché quale precursore della Pandettistica e ultimo esponente della corrente di pensiero che va sotto il nome di '*Usus modernus pandectarum*'<sup>3</sup> –, è stato autore di una monumentale commentario al Digesto giustiniano: l'*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*<sup>4</sup>.

L'opera del Glück, sebbene frutto del suo tempo, sembra distaccarsi contemporaneamente da esso, in quanto, come è stato a ragione osservato<sup>5</sup>, vi si ritrova una forte impronta casistica. Tuttavia, le apparenze non devono trarre in inganno: l'inquadramento sistematico – che, d'altra parte, ai tempi del Glück non era di certo una novità nei contributi scientifici<sup>6</sup> – permea profondamente l'intero commentario del giurista tedesco, e, per quel che qui maggiormente interessa, anche la sezione inerente al dolo in materia contrattuale. Ciò nonostante, è opportuno aggiungere che la trattazione del Glück rimarrà l'ultima in ordine di tempo a seguire il c.d. 'ordine legale'<sup>7</sup>, ovvero il susseguirsi dei libri e titoli del Digesto.

Sin dalle prime battute dell'esposizione sul dolo contrattuale del Glück è possibile percepire il forte influsso che ha prodotto l'accoglimento delle istanze

---

<sup>2</sup> Per notazioni biografiche sul Glück e sulle sue opere si rinvia a J.A.R. VON STINTZING, s.v. *Christian Friedrich Glück*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (=ADB), 9, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879, p. 253 ss.; E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III.1 (Noten), München-Leipzig, Oldenbourg, 1898, p. 285 ss.; H.D. SPENGLER, s.v. *Glück, Christian Friedrich von*, in *Erlanger Stadtlexikon*, Nürnberg, Tümmels, 2002, p. 316 ss. Sul pensiero del grande giurista tedesco si faccia invece riferimento al recente saggio di A. HIRATA, *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831)*, in ZSS, 123, 2006, p. 330 ss.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, la fondamentale opera di F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967<sup>2</sup>, p. 204 ss. (trad. it., *Storia del diritto privato moderno*, I, a cura di U. Santarelli, Milano, Giuffrè, 1980, p. 305 ss., da cui si citerà in seguito).

<sup>4</sup> Glück pubblicò ben 34 volumi dell'opera tra il 1790 ed il 1830. In seguito, l'opera fu continuata da altri, ma non fu mai portata a termine. Esiste anche una autorevole traduzione italiana, anch'essa incompleta, dal titolo *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*.

<sup>5</sup> M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, cit., p. 213.

<sup>6</sup> Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., p. 315; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 579 e p. 588.

<sup>7</sup> L'espressione è mutuata da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 267.

giusnaturalistiche sulla libera e spontanea formazione della volontà negoziale<sup>8</sup>. Il giurista tedesco afferma infatti che “ein Vertrag erfordert die wechselseitige Einwilligung der Paciscenten. Diese [sc. die Einwilligung] muß frei, also nicht durch Betrug, Irrthum, Furcht oder Gewalt veranlaßt worden sein. Denn was die freie Entschließung hindert, stehet auch der Gültigkeit des Vertrages entgegen”<sup>9</sup>.

Detto ciò, il Glück dapprima circoscrive rigorosamente il campo della sua trattazione alla categoria del “Betrug bei Verträgen” e asserisce come quest’ultimo sia sempre connesso a una simulazione, per mezzo della quale si insinua o si conserva una falsa idea nella controparte, dando luogo a una vera e propria induzione in errore che restringe la libertà del volere<sup>10</sup>. Poi, al fine di chiarire cosa si intenda generalmente per *dolus* – di cui il “Betrug” nei contratti sarebbe soltanto una delle varie applicazioni<sup>11</sup> – il Glück sviluppa una serie di distinzioni, tra le quali la più significativa è certamente quella tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*<sup>12</sup>,

---

<sup>8</sup> Sul punto si veda, ampiamente, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit., p. 78 ss., M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 58 ss.; nonché, più recentemente, S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 130 ss.

<sup>9</sup> C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, Erlangen, Palm, 1796, p. 108 ss. (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, Tradotto ed annotato da G. De Marinis con note aggiunte dei Professori C. Ferrini e F. Serafini, Milano, Vallardi, 1888, p. 571 ss.). Sulla storia e sullo sviluppo della traduzione italiana alle Pandette di Glück si rinvia all’interessante articolo di F. FURFARO, «Il più minuto, il più completo ed il più pratico di tutti i libri giuridici italiani». *La versione italiana del Commentario alle Pandette di Christian Friedrich von Glück*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 84, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory, 2011, pp. 417-442.

<sup>10</sup> C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 108 ss. (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 571 ss.). Cfr. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit., p. 91.

Inoltre, è da rammentare che le categorie dogmatiche sorte intorno al principio della libertà del volere, su cui si fonda buona parte del moderno diritto privato, avevano trovato compiuta sistemazione nel contributo di G.A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen*, Heidelberg, Mohr & Winter, 1834<sup>3</sup>. Per dettagli su quest’opera, che non a caso è stata riconosciuta come ‘epochenmachend’, si rinvia a G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*. II: *Storicismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1940, p. 40 ss.; P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, II, Milano, Giuffrè, 1985, p. 101 ss.; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*. I: *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 248 ss.

<sup>11</sup> In questo senso, C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 108 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 572), si concentra soprattutto sulla categoria del *dolus* ‘bei Verbrechen’, affermando che “hier ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das deutsche Wort Betrug mit dem lateinischen Wort *dolus* nicht einerlei bedeute. Man denke z.B. an den *dolus* bei Verbrechen. Wer wollte es wohl einen Betrug nennen, wenn einer den andern ermordet oder bestohlen hätte? Hier heißt *dolus* der Vorsatz, ein Strafgesetz zu übertreten. Von diesem *dolus* ist der Betrug bei Verträgen ganz verschieden”.

<sup>12</sup> Glück non aveva alcun dubbio sulla proponibilità e attualità di tale distinzione. Ma prima del suo tempo, nell’ambito della giurisprudenza elegante olandese, furono autorevolmente sollevate

che, come noto, sin dai tempi dei glossatori trova il suo fondamento testuale in D. 4, 3, 7 pr.<sup>13</sup>. Nello specifico, per il giurista di Halle il *dolus* sarebbe *causam dans* quando, per così dire, racchiude “... den Grund von dem ganzen Vertrag..., so daß ohne denselben [*sc. den dolus*] der Vertrag gar nicht wäre geschlossen worden...”; mentre sarebbe soltanto *incidens* qualora abbia cagionato “... nur die gegenwärtige Modification des Vertrags..., so daß zwar der Betrogene dennoch würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, aber nur nicht auf die Weise, wie der Vertrag nun des Betrugs wegen abgeschlossen worden ist”<sup>14</sup>.

A tale diversità sono, ovviamente, ricollegati effetti sul contratto a loro volta diversi tra loro. Limitatamente al *dolus* perpetrato dalla controparte contrattuale (“Mitcontrahent”), se esso è *causam dans*, la conseguenza sarà, alla luce dei principi del diritto naturale, la nullità assoluta di qualsiasi tipo di contratto<sup>15</sup>; all’opposto, se esso è *incidens*, il risultato non sarà la nullità del contratto in sé, dato che il soggetto ingannato lo avrebbe comunque concluso, anche se non vi fosse stato dolo, ma “... es kann der Betrug nur eine Nichtigkeit dessen nach sich ziehen, was die Modification des Handels betrifft”<sup>16</sup>.

---

alcune perplessità. Si era ad esempio posta in netto contrasto con la tradizionale *distinctio* tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*, respingendola (come respingeva quella tra contratti di buona fede e di stretto diritto), l’opinione di un grande giurista olandese, G. NOODT, *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi, apud veteres* (1709), in *Opera omnia*, t. I, Lugduni, p. 353 ss. Per il Noodt tale distinzione, al di là del fatto che non compariva nelle fonti romane, smentiva l’unità stessa del fenomeno contrattuale, dato che, sebbene esposta in termini generali, pareva essere accostata soltanto ai contratti *bonae fidei*. Sulle argomentazioni fornite dal Noodt in merito a questi aspetti si veda, più ampiamente, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit., p. 82 ss.

<sup>13</sup> Per l’esegesi di questo passo vedi *supra*, p. 142 ss.

<sup>14</sup> C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 114. (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 575).

<sup>15</sup> ID., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 122 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 581). L’atteggiamento del giurista tedesco – che, sotto questo profilo, è la dimostrazione di quanto egli fosse legato alle posizioni giusnaturalistiche – è opposto a quello che il Pothier aveva tenuto prima di lui in Francia. Per il giurista francese, infatti, neppure il dolo che aveva dato luogo al contratto poteva comportarne la nullità immediata. All’opposto, il consenso delle parti produceva sempre i suoi effetti giuridici, anche se formato in maniera non regolare; pertanto, doveva essere la parte lesa a chiedere la rescissione del contratto per arrestare quegli effetti (cfr. R.J. POTHIER, *Traité des Obligations* (1761), P. I, chap. I, sect. I, art. 3, § 3, *du dol*, in *Oeuvres*, Paris, 1948<sup>2</sup>, p. 19 ss.).

Più tardi, contro la tesi della nullità del negozio viziato da *dolus causam dans* L.J. NEUSTETEL, *Bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla*, Heidelberg, 1818, e tutta la Pandettistica tedesca del XIX secolo, a partire dal Savigny.

<sup>16</sup> C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 122 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 581). Da questo punto di vista la posizione del giurista tedesco



In relazione, invece, agli effetti del *dolus* commesso da un terzo, lo studioso tedesco, dopo aver affermato che tra gli studiosi non vi è uniformità di vedute sull'argomento<sup>17</sup>, delinea, alla luce delle ricerche del Gmelin<sup>18</sup>, una serie di ipotesi in cui il dolo commesso dal terzo può aver influito sulla conclusione del contratto. A questo proposito, il Glück inizia distinguendo tra:

- a) un terzo autore del dolo che interviene nella conclusione del contratto in nome di uno dei contraenti, perciò quale suo mandatario;
- b) un terzo autore del dolo che interviene nella conclusione del contratto senza essere mandatario.

All'interno della prima categoria (a), si deve poi distinguere tra: 1) mandatario che ha contrattato in perfetta conformità al mandato conferitogli; 2) mandatario che ha contrattato eccedendone i limiti. Nella prima ipotesi, per quanto uno dei contraenti sia stato ingannato dal proprio mandatario, il contratto rimane comunque valido. Nella seconda ipotesi, invece, il contratto è da considerarsi nullo, dato che "... le leggi dicono recisamente e senza fare eccezione che il mandatario commette opera nulla, se non agisce in conformità del mandato ricevuto; e che allora non obbliga il suo mandante"<sup>19</sup>.

In relazione a entrambe queste ipotesi, è appena il caso di dire che non risulta possibile giustificare la terzietà del mandatario, e ciò a fronte della struttura del rapporto giuridico intercorrente tra quest'ultimo e il suo mandante. Sotto questo profilo, già il Glück manifestava le sue perplessità affermando che non si può sostenere con ragione che il dolo del mandatario sia equiparabile a quello di un

---

non sembra essere molto chiara. Pare, infatti, che egli si riferisca alla nullità parziale del negozio. Cfr., sul punto, M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 92, nt. 57.

<sup>17</sup> C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 130 ss. (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 587 ss.), che cita A. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, 11 voll., Lipsiae, Brunsvigæ et Guelpherbyti, dal 1741 in poi, secondo cui il dolo del terzo, anche nell'ipotesi in cui la parte contraente non ne sia a conoscenza, importa sempre la nullità del contratto. *Contra* già W.A. SCHÖPF, *De dolo et vi tertii ac effectibus eorum*, Tubingae, 1741, § 4.

<sup>18</sup> C.G. GMELIN, *Von den Folgen des Betrugs bei Verträgen*, in *Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle*, 2, Frankfurt, 1777, p. 133 ss.

<sup>19</sup> C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 589.

soggetto ‘terzo’, in quanto mandante e mandatario sono da considerarsi alla stregua di un unico soggetto<sup>20</sup>.

Nell’ambito della seconda categoria (b) sono rintracciabili due casi: 1) il primo si riferisce all’ipotesi in cui il dolo del terzo sia stato determinante del consenso, il che vale a dire che se la condotta dolosa del terzo fosse mancata, le parti non sarebbero addivenute alla conclusione del contratto. Qui, secondo il Glück, il contraente ingannato avrebbe potuto agire con l’*actio de dolo* (in funzione risarcitoria) nei confronti del terzo. Soltanto in via sussidiaria (*in subsidium*), ossia qualora l’esperimento dell’*actio de dolo* non fosse andato a buon fine, il soggetto ingannato, sulla base di un “... unüberwindlicher Irrthum...”<sup>21</sup>, si sarebbe potuto rivolgere contro l’altro contraente al fine di vedere la situazione ripristinata allo *status quo ante*<sup>22</sup>. 2) Il secondo caso ha invece riguardo all’ipotesi in cui il dolo del terzo abbia dato origine alle “... modalità sotto cui il contratto si presenta...”<sup>23</sup>. Qui il soggetto ingannato avrebbe potuto agire soltanto per il risarcimento del danno.

Ora, lasciando da parte la soluzione della rimessione al pristino stato nel caso in cui l’*actio de dolo* contro il terzo non abbia esito positivo, che verrà aspramente criticata da alcuni pandettisti<sup>24</sup>, a me sembra che le conclusioni del Glück diano ragione della natura di illecito tipica del dolo del terzo, il quale – in conformità alla tradizione risalente all’esperienza giuridica romana – non influisce, di norma, sulla validità del contratto.

---

<sup>20</sup> Cfr. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 132 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 588).

<sup>21</sup> ID., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, cit., p. 136 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 590).

<sup>22</sup> Cfr. S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 154. Sullo sviluppo della teoria dell’errore (essenziale) a partire dal diritto intermedio fondamentale M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, cit., in particolare, sulla dottrina del Glück, p. 331 ss.

<sup>23</sup> C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, II, cit., p. 590.

<sup>24</sup> Cfr., ad esempio, A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, I, Jena, Mauke, 1805<sup>2</sup>, p. 113; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., p. 279.

## 2. La teorica della libertà del volere e le sue conseguenze nel ‘System des heutigen römischen Rechts’ di Friedrich Carl von Savigny

Se il principio di libera e spontanea formazione del volere trova già ampio spazio nella trattazione di Glück, nell’opera del Savigny<sup>25</sup> – fondatore della Scuola storica<sup>26</sup> – lo stesso assurge a pilastro dell’intero sistema<sup>27</sup>. Per il Savigny, infatti, “unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist”<sup>28</sup>.

Il substrato della teorica savigniana sulle dichiarazioni di volontà è quindi rappresentato dall’elemento della volontà, la quale non viene più osservata – alla stregua del giusnaturalismo groziano<sup>29</sup> – sotto un profilo razionale, di talché l’errore, facendo venir meno la vera coscienza, conforme alla realtà, priverebbe la volontà di ogni efficacia. Bensì, è vista come “... libera in quanto si esprime, in quanto «è», senza tener conto delle condizioni concrete in cui si è formata, a meno

---

<sup>25</sup> Per dati biografici sul Savigny, sul suo profilo scientifico e sul suo metodo si rinvia a E. LANDSBERG, s.v. *Carl von Savigny*, in *ADB*, 30, cit., 1890, p. 425 ss.; A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin, Heymann, 1. *Der junge Savigny* (1927); 2. *Professorenjahre in Berlin* (1929); 3. *Ministerzeit und letzte Lebensjahre* (1939); E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1963<sup>4</sup>, p. 467 ss. Più di recente, si veda K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1969, pp. 9-17; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, cit., p. 381 ss. (trad. it., *Storia del diritto privato moderno*, II, a cura di Sandro-A. Fusco, Milano, Giuffrè, 1980, p. 53 ss., da cui si citerà in seguito); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 239 ss., nonché D. NÖRR, s.v. *Friedrich Carl v. Savigny*, in *Neue Deutsche Biographie (=NDB)*, 22, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 470-473.

<sup>26</sup> Sulla Scuola storica vedi, per tutti, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 3 ss.

<sup>27</sup> Per A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, Gayet, 1934, p. 86, il principio della libertà del volere in Savigny rappresenta un “postulato metafisico”.

<sup>28</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, cit., pp. 98-99 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 123).

<sup>29</sup> Nella visione di Grozio il dolo viene valutato come una delle cause di errore, ma soltanto quest’ultimo è in grado di elidere la spontaneità del consenso. Cfr. sulla dottrina groziana M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 58 ss. Sull’influsso della tarda scolastica e della teologia morale nell’impostazione di Grozio, si faccia riferimento a G. ZANI, *L’evoluzione storico-dogmatica dell’odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *RISG*, n. s., 2, Roma, Sampaolesi, 1927, p. 491 ss.; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 218.

che nella sua determinazione non abbiano influito gravi comportamenti illeciti, i cui effetti dovranno essere paralizzati dal diritto positivo”<sup>30</sup>. E tra questi comportamenti “illeciti” il Savigny non ricomprende l’errore di per sé considerato e il timore (*metus*), in quanto, nella sua nuova concezione, essi “... sind für das Dasein wahrer Willenserklärung ganz gleichgültig, und ohne Einfluss auf deren Wirksamkeit...”<sup>31</sup>, ma la violenza e il dolo, poiché entrambi hanno origine “... dal di fuori, dalla influenza immorale di un altro”<sup>32</sup>.

La reazione dell’ordinamento positivo rispetto al dolo e alla violenza, i quali soltanto perturbano l’ordine giuridico (‘Rechtsgebiet’), si declina nei rimedi previsti dal diritto romano nei confronti dell’autore della condotta “illecita”<sup>33</sup> – *actio*, *exceptio* o *in integrum restitutio*, a seconda delle caratteristiche della fattispecie concreta – e trova la sua giustificazione nell’immoralità degli stessi<sup>34</sup>. A ciò si fa seguire la descrizione della profonda diversità tra violenza e dolo sotto il profilo rimediale, che, come si è già avuto occasione di affermare, per il Savigny trova la sua ragion d’essere nel fatto che la violenza integra una “... violazione dell’ordine giuridico più malvagia e più pericolosa”<sup>35</sup>. Nello specifico, i rimedi concessi a favore della vittima di violenza operano *in rem*, potendo così essere

<sup>30</sup> Le parole, molto evocative, sono di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit., p. 95.

<sup>31</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, cit., p. 116 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 143). Sulla teoria savigniana dell’‘echter’ o ‘unechter Irrtum’ si rinvia a M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, cit., p. 483 ss.

<sup>32</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 143.

<sup>33</sup> Cfr. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit., pp. 95-96. Quest’ultimo Autore sviluppa ulteriormente le sue riflessioni sul punto in ID., *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Atti del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny (27-28 ottobre 1980)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, Giuffrè, 1980, p. 265 ss., in particolare p. 287 ss., dove egli identifica “... la novità della sistemazione savigniana... nel considerare irrilevante la volontà come stato interno (o attività interna) e nel riferire la disciplina giuridica solo alla volontà come fatto, facendolo coincidere con il fatto della dichiarazione..., e considerando rilevanti, ma su un altro piano, il fatto della violenza e il fatto del dolo”. Cfr., sull’argomento, anche M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 86 ss.

<sup>34</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, cit., p. 115 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 141 ss.).

<sup>35</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 144.

esperiti anche contro terzi estranei all'esercizio della violenza<sup>36</sup>; mentre gli strumenti previsti a favore del *deceptus* operano *in personam*<sup>37</sup>, ovvero soltanto nei confronti dell'autore della condotta maliziosa (e contro i suoi successori, ma con alcune limitazioni). Quest'ultima caratteristica dei rimedi contro il dolo ha come conseguenza che il dolo del terzo come tale sia del tutto irrilevante, e che sia soltanto il dolo commesso da controparte a poter incidere sulla validità del negozio<sup>38</sup>. Non è un caso, quindi, che nella sua (benché molto ampia) trattazione il Savigny non abbia dato molta rilevanza all'argomento.

### 3. Le ripercussioni della dottrina del Savigny: il pensiero dei pandettisti

Gli studiosi, dopo la pubblicazione del '*System des heutigen römischen Rechts*', seguono le orme della dottrina del Savigny. Il principio della signoria e libertà del volere è punto fermo e inossidabile anche di tutte le trattazioni sistematiche dei pandettisti<sup>39</sup>, a partire da quella di Georg Friedrich Puchta<sup>40</sup>, allievo diretto del Savigny<sup>41</sup>. Egli, all'interno del secondo libro dal titolo "Von den

<sup>36</sup> Per quanto riguarda la trattazione della violenza in Savigny, cfr., da ultimo, F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, II, cit., p. 713 ss.

<sup>37</sup> Le espressioni *in rem* ed *in personam* non sono precise. Si dovrebbe infatti parlare di costruzione *in rem scripta* e costruzione *in personam scripta*, rispettivamente dell'*actio quod metus causa*/*exceptio metus* e dell'*actio de dolo*/*exceptio doli*.

<sup>38</sup> Cfr. S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 185 ss.

<sup>39</sup> Come è ovvio, la letteratura sulla Pandettistica tedesca è sterminata. Qui di seguito si citano soltanto una piccolissima parte delle opere: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 144 ss.; A. MAZZACANE, s.v. *Pandettistica*, in *EdD*, 31, 1981, p. 592 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 259 ss.; G. ORRÙ, s.v. *Pandettistica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, 13, Torino, Utet, 1993, pp. 250-253; H.P. HAFERKAMP, s.v. *Pandektenwissenschaft*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, 9, Stuttgart, Weimar, 2009, pp. 777-779.

<sup>40</sup> Per notazioni biografiche sul Puchta e sulle sue opere si rinvia a J.A.R. VON EISENHART, s.v. *Georg Puchta*, in *ADB*, 26, cit., 1888, pp. 685-687; P. LANDAU, s.v. *Georg Friedrich Puchta*, in *NDB*, 20, cit., 2001, pp. 757-759; H.P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die 'Begriffsjurisprudenz'*, Frankfurt, Klostermann, 2004; S. SCHERMAUL, *Georg Friedrich Puchta. Leben und Werk*, München, GRIN Verlag, 2009; H.P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta*, in M. ANDERHEIDEN U. A. (Hrsg.), *Enzyklopädie der Rechtsphilosophie* (online), 2011. Sul metodo di Puchta si veda K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 17-23. Sul concetto di diritto e la costruzione del sistema giuridico in Puchta, si veda, ampiamente, C.E. MECKE, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen, V&R unipress, 2009.

<sup>41</sup> Tra gli allievi del Savigny vi è da menzionare anche Leopold August Warnkönig, il quale ha contribuito alla diffusione della dottrina pandettistica soprattutto in Belgio. In tema di dolo,

Rechtsverhältnissen”<sup>42</sup> e, in particolare, nell’ambito del capitolo dal titolo “Der Wille”, isola la categoria dell’“Einfluß der Motive”, affermando che “die Handlung setzt die Richtung des Willens auf ihren Gegenstand voraus, das Dasein dieses Willens ist es in der Regel juristisch allein, was bei der Handlung zur Sprache kommt, der Proceß seiner Entstehung, also auch die Beweggründe, die dem Entschluß vorhergegangen, sind für die rechtliche Betrachtung gleichgültig. Diese Regel hat indessen erhebliche Ausnahmen, theils bei unerlaubten Handlungen, theils bei Rechtsgeschäften. Die wichtigsten dieser Motive sind Furcht (*metus*) und Irrthum (*error, ignorantia*)”<sup>43</sup>. Come si vede, il dolo non è considerato tra questi, ma è collocato all’interno della teoria dell’errore<sup>44</sup>, quale ipotesi particolare in cui l’errore viene cagionato fraudolentemente da altri. Contro il dolo – prosegue il Puchta – è consentito esperire diversi rimedi (che non vengono meglio identificati, ma sono chiaramente i mezzi di tutela previsti dal diritto romano), benché soltanto nei confronti dell’autore della condotta fraudolenta e dei suoi successori<sup>45</sup>.

---

considerato da quest’ultimo come un vizio delle *conventiones*, egli affermava: “*dolus in contrahendo interveniens consensum non impedit, nisi talis error simul adsit, qui conventionem valere non patitur: in reliquis causis contractus vi ipsa nullus habendus non est. Cum autem iniquum sit, ut is, qui fraude alium circumvenit, ex improbitate sua lucretur, deceptis vario modo succurritur. 1. Qui enim ex tali contractu [cui dolus causam dedit] conveniuntur, agentem doli mali exceptione repellere possunt, tam in strictis quam in bonae fidei judiciis. Cum vero hisce doli exceptio insit, bonae fidei contractus propter dolum ipso jure nullus et irritus dici potest: nam nil tam contrarium est bonae fidei, quam dolus et vis. 2. Si vero circumscriptus, dolum alterius ignorans ex sua parte obligationi satisfecerit, fraudulentum actione persequi potest. In bonae fidei contractu, deceptus actione ex ipso iudicio proficiscente utetur in id: ut indemnus praestetur ab adversario, vel ut rescindatur conventio et res ablata ei restituatur. Stricti juris negotia vero solutione non rescinduntur, ideoque deceptis de dolo actio competit. 3. Contra extraneum, in quem dolosus rei sibi traditae dominium abalienavit, vindictio non conceditur cum et eum, qui fraude indolus tradidit alienandi voluntatem habuisse, certum sit... 5. Si quis dolo et fallacia extranei ad contrahendum inducebatur, conventionem propterea nullo jure impugnare potest: licet vero ei, si alia actio non sit, de dolo actione persequi eum, cujus fraude deceptus est. ... 7. Doli probatio incumbit ei qui fraudem admissam esse praetendit, sive actione, sive exceptione experiatur; nisi ex ipso facti alterius improbitas conspicua est, aut jure praesumitur*” (L.A. WARNKÖNIG, *Commentarii juris Romani privati*, II, Leodii, 1829, p. 77 ss., lib. III, cap. II, § 6, p. 473 ss.).

<sup>42</sup> Sulla nozione di ‘Rechtsverhältnis’ si veda quanto affermato da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 264 ss.

<sup>43</sup> G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, Barth, 1877<sup>12</sup>, pp. 84-85.

<sup>44</sup> L’errore per Puchta, come per Savigny, non può mai rendere il negozio ‘nichtig’. Cfr. G.F. PUCHTA, *Pandekten*, cit., p. 86.

<sup>45</sup> Cfr. ID., *Pandekten*, cit., pp. 86-87.

La sostanza di quest'impostazione rimarrà una costante per tutta la dottrina pandettistica. Nell'elaborazione del von Keller<sup>46</sup>, ad esempio, il dolo ("Betrug"), sotto il profilo sostanziale, viene collocato, assieme alla violenza e all'errore, nell'ambito della categoria delle "Handlungen", ed è definito come "Absichtliche Erregung eines Irrthums bei einem Anderen..."<sup>47</sup>. Per quanto concerne, invece, il profilo rimediale, anche lo studioso svizzero indica gli strumenti di tutela romani (*actio de dolo*, *exceptio* e *restitutio in integrum*), precisando che questi ultimi, a differenza di quelli contro la violenza, possono essere esperiti solamente contro l'autore della condotta maliziosa<sup>48</sup>.

Similmente al Puchta, ma con maggiori sviluppi, Ludwig Arndts<sup>49</sup> inserisce il dolo ('Betrug') nel paragrafo sull'errore – a sua volta collocato, con la violenza, nel capitolo dal titolo "Mängel der Willensbestimmung" – e afferma, appunto, che quest'ultimo assume quel particolare significato quando viene "... durch einen Anderen in widerrechtlicher Absicht erregt, oder zu deren Nachtheil benutzt worden ist..."<sup>50</sup>. In questa ipotesi, è possibile impugnare la "Wirksamkeit" dell'atto agendo in giudizio nei confronti dell'autore del dolo, nonché pretendere contestualmente il risarcimento dei danni<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Per brevi notazioni biografiche si rinvia a B. SCHMID, s.v. *Friedrich Ludwig Keller*, in *Historisches Lexikon der Schweiz* (online), 30, 2007.

<sup>47</sup> F.L. VON KELLER, *Pandekten*, Leipzig, Lauchnitz, 1867<sup>2</sup>, pp. 132-133 (opera postuma, pubblicata da W. Lewis).

<sup>48</sup> ID., *Pandekten*, cit., pp. 132-133.

<sup>49</sup> Per ragguagli sulla vita e sulle opere si rinvia a E. LANDSBERG, s.v. *Ludwig Arndts von Arnesberg*, in *ADB*, 46, cit., 1902, pp. 41-45; G. WESENER, s.v. *Ludwig Arndts von Arnesberg*, in *NDB*, 1, cit., 1953, p. 363 ss. Molto recentemente, anche G. WESENER, *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803–1878)*, in T. OLECHOWSKI-C. NESCHWARA-A. LENGAUER (Hrsg.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2010, p. 577 ss.

<sup>50</sup> K.L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, Cotta, 1883<sup>11</sup>, p. 83 (edizione pubblicata dopo la morte dell'Autore da L. Pfaff und F. Hofmann).

<sup>51</sup> ID., *Lehrbuch der Pandekten*, cit., p. 83.

Più articolata appare invece la posizione di Karl Adolph von Vangerow<sup>52</sup>, il quale dapprima include generalmente il “Betrug” nel campo delle “Handlungen”<sup>53</sup>, per poi declinarlo, assieme alla violenza, nell’ambito delle cause di *restitutio*<sup>54</sup>, anche in connessione con la questione inerente ai rapporti tra quest’ultima e gli ulteriori rimedi, *actio* ed *exceptio*. A parte la collocazione sistematica della materia, che certo non è una novità, il passaggio più interessante del manuale del Vangerow sull’argomento è collocato nel terzo volume<sup>55</sup>, dove egli prosegue con la trattazione sul dolo e sulla violenza esponendo numerose “Anmerkungen”, le quali si risolvono il più delle volte nel commento esegetico di passi del Digesto. In queste pagine si nota ancor di più come la dottrina del dolo del grande pandettista tedesco sia basata sulla quella relativa all’errore<sup>56</sup>, ritenuto – peraltro da tutti i pandettisti, e non soltanto dal Vangerow – momento cardine della fattispecie dolosa. In particolare, sulle orme della esegesi di D. 4, 3, 7 pr.<sup>57</sup>, egli afferma che se il dolo proviene da un terzo, allora “... muß unterschieden werden, ob der Irrthum, welchen der Betrüger erregt hat, ein wesentlicher ist oder nicht. Im ersten Falle ist begreiflich der Vertrag *ex capite erroris* nichtig, und wenn dadurch allein der Schaden des Betrogenen nicht aufgehoben wird, so findet auch noch die *actio doli* gegen den Betrüger statt... Im zweiten Falle bleibt der Kontrakt stets gültig, und der Betrogene kann nur die *actio doli* gegen den Betrüger anstellen... wenn nicht ausnahmsweise die Umstände so sind, daß der Schaden durch eine Kontraktsklage gegen den andren Kontrahenten gehoben wird...”<sup>58</sup>. La prima parte di quest’esposizione, ossia

<sup>52</sup> Su questo autore, definito da H.P. HAFERKAMP, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, I, cit., 2011, p. 177 ss. (in particolare, p. 180), quale “... wohl erfolgreichste Pandektenlehrer des 19. Jahrhunderts...”, si rinvia a ID., *Karl Adolph von Vangerow (1808-1870). Pandektenrecht und ‘Mumiencultus’*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (=ZEuP)*, 16, München, C.H. Beck, 2008, p. 813 ss.

<sup>53</sup> K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg u. Leipzig, Elwert, 1863<sup>7</sup>, p. 127.

<sup>54</sup> ID., *Lehrbuch der Pandekten*, I, cit., p. 317 ss. Anche A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, Deichert, 1873<sup>2</sup>, p. 429 ss., colloca il dolo tra le cause di *in integrum restitutio*.

<sup>55</sup> K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., p. 273 ss.

<sup>56</sup> L’errore per Vangerow può essere “wesentlich” o “unwesentlich”. Ad ogni modo, sulla questione si veda l’opera di M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, cit., p. 499 ss.

<sup>57</sup> ID., *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., pp. 277-278.

<sup>58</sup> K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., p. 279.



l'ipotesi in cui la condotta fraudolenta del terzo cagiona un errore essenziale, è la più interessante ai nostri fini. In questo caso – asserisce il Vangerow – il contratto è da considerarsi nullo, ma ciò soltanto avuto riguardo all'errore. È fuor di dubbio, infatti, che è l'errore, e non il dolo del terzo, ad essere rilevante ai fini della validità del contratto.

Con riguardo a questi ultimi profili, ancora più chiara è la trattazione di un esponente meno conosciuto della Pandettistica, il Seuffert<sup>59</sup>. Secondo quest'Autore il dolo – che, anche nella sua concezione, rimane sempre legato alla teorica dell'errore –, quando provenga dal terzo, non conduce mai "... zur Anfechtung des Vertrages..."<sup>60</sup>, a patto, però, che non vi sia "Mitwisserschaft" dell'altro contraente. In questa ipotesi, il contratto può essere impugnato. Questa precisazione, inserita dal Seuffert tra parentesi, rappresenta, all'interno dei vari manuali di Pandette, l'unico caso in cui viene esplicitamente affermato il requisito, necessario se si intende impugnare il contratto per dolo<sup>61</sup>, della conoscenza da parte del contraente della condotta fraudolenta di un terzo<sup>62</sup>. In mancanza, il dolo del terzo è sempre irrilevante ai fini della validità del contratto; tanto irrilevante che neppure l'autore più importante e influente della Pandettistica tedesca, Bernhard Windscheid<sup>63</sup>, se

---

<sup>59</sup> Per notazioni biografiche e sui contributi scientifici di questo Autore si rinvia a K.T. VON HEIGEL, s.v. *Johann Adam von Seuffert*, in *ADB*, 34, cit., 1892, pp. 58-64; U. ZELGER, s.v. *Johann Adam Seuffert*, in *NDB*, 24, cit., 2010, p. 279 ss.

<sup>60</sup> J.A. SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, II, Würzburg, Stahel, 1867<sup>4</sup>, p. 75 (edizione pubblicata dopo la morte dell'Autore).

<sup>61</sup> Come accade in buona parte dei Codici civili moderni, nei quali tale requisito è esplicitamente menzionato. Sul punto vedi, più ampiamente, *infra*, Sez. III.

<sup>62</sup> Cfr. S. MARTENS, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, cit., p. 186.

<sup>63</sup> Molte sono le opere o i contributi su Windscheid. Qui di seguito se ne citano soltanto alcune: R. STAMMLER-T. KIPP (Hrsg.), *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubiläum: zwei Abhandlungen*, Halle, Niemeyer, 1888; E. LANDSBERG, s.v. *Bernhard Windscheid*, in *ADB*, 43, cit., 1898, pp. 423-425; F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1959, p. 181 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., p. 593 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 27-31; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 144 ss.; U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt, Klostermann, 1989; B. KLEMMANN, *Sieben kleine Beiträge für eine Windscheid-Biographie*, in H. MOHNHAUPT (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1888-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen*, Frankfurt, Klostermann, 1991, p. 211 ss.; J. RÜCKERT, *Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz „als solche“ im liberalen Rechtsstaat (1817-1892)*, in *Juristische Schulung (=JuS)*, 32, C.H. Beck, München und Frankfurt, 1992, pp. 902-908; F. KLEIN, *Bernhard Windscheid (26.6.1817-26.10.1892). Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

ne sofferma<sup>64</sup>. Il grande giurista di Düsseldorf, nel suo celebre *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>65</sup>, tratta del dolo negoziale nell'ambito del paragrafo sull'errore e lo definisce, appunto, quale errore provocato dall'azione ingannatrice del "Gegner". Il dolo, come l'errore (e la violenza), non può comportare la nullità della dichiarazione di volontà, dato che anche in questa ipotesi "... la volontà espressa è pur sempre la volontà effettivamente esistente..."<sup>66</sup>; ma – prosegue il Windscheid – risulta comunque iniquo che la "Willenserklärung" vada a vantaggio del *deceptor* e danneggi, allo stesso tempo, il *deceptus*. In questo caso, quindi, possono essere concessi a tutela del soggetto ingannato gli oramai noti strumenti di tutela previsti dal diritto romano, *exceptio* e *actio*<sup>67</sup>.

È noto come le teorie pandettistiche, in particolare quelle proposte dal Windscheid nel suo manuale, abbiano influenzato la redazione del Codice civile tedesco ("Bürgerliches Gesetzbuch"). Tuttavia, prima di passare a illustrare specificamente quest'aspetto, è utile riassumere quanto fin qui descritto. Il dolo negoziale, nel suo significato di vizio del volere, è certamente precedente all'avvento della Pandettistica, ma è stato da essa recepito e sussunto all'interno di un impianto sistematico-concettuale che trova ancora oggi la sua miglior creazione nella categoria del negozio giuridico, alla cui base si pone, quale collante dell'intero sistema, il principio della libertà del volere. La volontà, di per sé sempre valida, non può essere indagata dal diritto positivo nei suoi "retroscena"<sup>68</sup>, ossia nell'"animo

---

<sup>64</sup> Ne parlerà però il Kipp con riferimento al § 123 Abs. 2 del BGB (nell'ottava edizione del 1900-1901 e nella nona, ultima edizione dell'opera, citata nella nota successiva).

<sup>65</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, edizione pubblicata dopo la morte dell'Autore da T. Kipp, con annotazioni relative agli articoli del BGB, 3 voll., Frankfurt, Rütten & Loening, 1906<sup>9</sup>.

<sup>66</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette. Con note e riferimenti al diritto civile italiano*, 5 voll., trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, Utet, 1930, in particolare vol. I, p. 252.

<sup>67</sup> Cfr. ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., p. 404 (trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, cit., pp. 252-253): "Demgemäß gewährt das Recht diesem letzteren: 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch; 2) einen Anspruch gegen den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wieder herstelle". In particolare, per quanto riguarda quest'ultima, il Windscheid sostiene che essa è diretta al ripristino della situazione preesistente, ma – come è stato acutamente osservato in dottrina – lo strumento giuridico per mezzo del quale si intende addivenire a quel risultato è l'annullamento dell'atto (anche se concepito nel senso della riparazione). Cfr. M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 89, nt. 46.

<sup>68</sup> L'espressione è mutuata da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, cit., pp. 95.

del volente”<sup>69</sup>. Quindi, anche nei casi di dolo (e violenza), la volontà esiste in quanto si manifesta, ma gli strumenti di tutela previsti dal diritto positivo devono intervenire a paralizzarne gli effetti che si sono prodotti a causa del palesarsi di tali condotte illecite. E proprio il fatto che il rilievo del dolo negoziale, in una teorica fondata sul principio volontaristico, venga ancora valutato alla luce di parametri di illiceità, è indice del pesante influsso esercitato dalla prospettiva romana del dolo illecito, la quale non lascerà mai del tutto spazio a quella rappresentativa del dolo quale vizio della volontà<sup>70</sup>. Ciò è ancor più evidente con riferimento al dolo commesso dal terzo, dove le due “anime”<sup>71</sup> del dolo – vizio e illecito – si legano in maniera più profonda.

#### 4. L’esempio del § 123 del ‘Bürgerliches Gesetzbuch’

L’imponente elaborazione sistematica portata avanti per buona parte del XIX secolo da parte della Pandettistica tedesca ha esercitato un influsso determinante sulla genesi del Codice civile tedesco, entrato in vigore nel 1900<sup>72</sup>. In particolare, si sottolinea come l’impronta di maggior rilievo nella codificazione tedesca sia stata lasciata da Bernhard Windscheid, che fece parte sin dal 1880 della Prima Commissione per la redazione del primo progetto di Codice<sup>73</sup>. A questo proposito, molti sono gli elementi che anche una lettura sommaria dei lavori preparatori può offrire. Ci si riferisce, nello specifico, ad alcuni passi tratti dai *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (relativi al primo progetto sopra

---

<sup>69</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, cit., p. 140.

<sup>70</sup> Cfr. M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 90.

<sup>71</sup> L’espressione, molto efficace, è mutuata da EAD., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., p. 91, nt. 52.

<sup>72</sup> Cfr., per tutti, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 177 ss.

<sup>73</sup> Sebbene Windscheid fece parte soltanto della Prima commissione e morì nel 1892, cioè ben prima che il BGB raggiungesse la forma definitiva ed entrasse in vigore, il suo contributo non pare aver influenzato soltanto il primo progetto, ma l’intero impianto del Codice civile tedesco. Non è strano, invero, leggere che il BGB è un codice pandettistico, caratterizzato da un linguaggio arido ed astratto e da un sistema (troppo) dottrinale. Ad ogni modo, sull’influenza del Windscheid in ordine alla redazione del primo progetto, basti ricordare le parole di critica di Otto Bähr (riportate da E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, cit., p. 613.): “Der Entwurf ist ein doktrinäres Werk, er steht unter der Herrschaft eines Lehrbuchs, ist ein kleiner Windscheid. Was nicht im Windscheid steht, fehlt auch im Gesetzbuch”.

richiamato): “die Rechtsordnung kann nicht gestatten, daß die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete widerrechtlich beeinträchtigt wird”; più avanti, si afferma nuovamente che “die freie, d.h. nicht rechtswidrig beeinflusste Willensentscheidung bildet nach ihnen ein Thatbestandsmoment des Rechtsgeschäftes und ein in dieser Hinsicht mangelhaftes Rechtsgeschäft wird dargestellt als unverbindlich behandelt, daß es im Willen des Verletzten stehet, ob er die Nichtigkeit geltend machen will oder nicht...”<sup>74</sup>.

Questi sono i principi sulla base dei quali è stata concepita la norma relativa al dolo negoziale (“arglistige Täuschung”), il § 123 BGB, rubricato “Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung”<sup>75</sup> e collocato nella Parte generale (“Allgemeiner Teil”), al Capo III (“Rechtsgeschäfte”), sotto il titolo 2 (“Willenserklärung”). Ciò detto, è utile ripercorrere brevemente qui di seguito la “Entstehungsgeschichte” degli “Absätze” 1 e 2 della norma<sup>76</sup>.

Il primo comma, nella versione originaria (§ 101-TE-AllgT) – che potremmo chiamare Gebhard<sup>77</sup>, dato il cognome del suo redattore, membro della Prima commissione – recitava: “Ist jemand zu Abgabe einer Willenserklärung von einem anderen widerrechtlich durch Erregung einer begründeten Furcht bewogen oder durch Betrug verleitet worden, so ist die Willenserklärung unmittelbar wirkender

---

<sup>74</sup> *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I. *Allgemeiner Teil*, Berlin, Guttentag, 1896<sup>2</sup>, p. 204 (anche in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I. *Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Aalen, Scientia Verlag, rist. 1979 [edizione originale pubblicata a Berlino nel 1899], p. 465).

<sup>75</sup> (1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. (2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

<sup>76</sup> Cfr., per tutti, U. VON LÜBTOW, *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung*, in W. HARMS-D. HECKELMANN-R. KNÖPFLE-A. TEICHMANN (Hrsg.), *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht. Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 249 ss.

<sup>77</sup> Egli si è occupato della redazione di tutta la Parte generale. Si veda, a questo proposito, A. GEBHARD, *Allgemeiner Teil*, 2 voll., in W. SCHUBERT (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, de Gruyter & Co., 1981.

Anfechtung unterworfen”<sup>78</sup>. In seguito, a termine delle discussioni, fu approvata dalla Prima commissione la seguente formulazione del comma: “Ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten”<sup>79</sup>. In seguito, con il passaggio della proposta alla Seconda commissione, non vi fu, in sostanza, alcun stravolgimento. Venne però sostituito il termine “Betrug” con “arglistige Täuschung”<sup>80</sup>; in specie, quest’ultimo veniva considerato più adatto alla norma civilistica, dato che il primo, relativo al reato di truffa (§ 263 StGB), presupponeva, a differenza del secondo, necessariamente un “Vermögensschaden”. Svolta dunque questa operazione e spostato altresì l’aggettivo “widerrechtlich” appositamente prima dei termini “durch Drohung”, poiché la natura illecita dell’“arglistige Täuschung” era da considerarsi ovvia<sup>81</sup>, si ebbe la formulazione definitiva del § 123, Abs. 1, BGB.

Per quanto concerne, invece, il primo periodo del secondo comma (§ 123, Abs. 2, Satz 1), si può rappresentare quanto segue. Anche in questa ipotesi il punto di partenza per i redattori del BGB fu la salvaguardia della “Freiheit der Willensentscheidung”<sup>82</sup> quale requisito di validità della dichiarazione di volontà. Tale tutela non poteva però essere, per così dire, ‘assoluta’, in quanto avrebbe, nei limiti delle c.d. “empfangsbedürftigen Willenserklärungen”<sup>83</sup>, condotto ad “...

<sup>78</sup> Cfr. H.H. JAKOBS-W. SCHUBERT (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil*, I, Berlin-New York, de Gruyter, 1985, p. 600.

<sup>79</sup> Cfr. U. VON LÜBTOW, *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung*, cit., p. 249; H.H. JAKOBS-W. SCHUBERT (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil*, I, cit., p. 601.

<sup>80</sup> Le critiche all’espressione penalistica “Betrug” furono avanzate soprattutto da F. VON LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, Guttentag, 1889, p. 19 ss., e E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Studien, Kritiken, Vorschläge*, 2, Berlin, Guttentag, 1890, p. 41 ss. Cfr., sul punto, B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, cit., p. 722, e U. VON LÜBTOW, *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung*, cit., pp. 250-251.

<sup>81</sup> Cfr., sul punto, B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, cit., p. 965.

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, nt. 74.

<sup>83</sup> Cfr. H. DILCHER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, Berlin, Schweitzer Verlag, 1980<sup>12</sup>, § 130, p. 360 ss.

Härten, wenn bei einer Willenserklärung... die Beeinflussung von einem Dritten ausging, während der Empfänger der Willenserklärung bei der Beeinflussung nicht beteiligt war, auch dieselbe weder kannte noch kennen musste”<sup>84</sup>. Pertanto, qui il legislatore tedesco decise, considerando meritevole di tutela l’affidamento (del destinatario della dichiarazione)<sup>85</sup>, di limitare la “Anfechtbarkeit” della dichiarazione di volontà per dolo proveniente dal terzo alle ipotesi in cui il destinatario della dichiarazione conoscesse o avrebbe dovuto conoscere l’inganno<sup>86</sup>.

Come è evidente, la questione decisiva ai fini dell’interpretazione e applicazione della norma di cui si tratta è relativa ai soggetti che possono essere considerati terzi. A ben vedere, infatti, la “Anfechtungsmöglichkeit” si definisce alla luce di come viene inteso il concetto di terzo<sup>87</sup>. A questo proposito, le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca nel corso del tempo non risultano univoche. Ad esempio, secondo i *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches* era da considerarsi terzo soltanto il soggetto “am Geschäft Unbeteiligter”<sup>88</sup>. Dal canto suo, la giurisprudenza del “Reichsgericht” si orientò verso questa posizione, ritenendo sostanzialmente terzo qualunque soggetto che non fosse il destinatario della dichiarazione. Pertanto, non potevano essere ritenuti terzi solamente alcuni soggetti, come il rappresentante (sia diretto che

---

Nell’ipotesi in cui la dichiarazione di volontà non sia “empfangsbedürftig”, essa è annullabile per dolo senza limiti. Cfr., per tutti, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Müller, 2010<sup>10</sup>, p. 328.

<sup>84</sup> *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I. *Allgemeiner Teil*, cit., p. 206. Cfr., sul punto, P.A. WINDEL, *Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs. 2 BGB?*, in *Archiv für die civilistische Praxis (=AcP)*, 199, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 425 ss.

<sup>85</sup> Così, molto chiaramente, R. SINGER-B. VON FINCKENSTEIN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, *Allgemeiner Teil*, § 123, Berlin, Sellier-de Gruyter, Bearbeitung 2004, pp. 623-624.

In generale, sul principio dell’affidamento nell’ordinamento tedesco, si veda C.W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, C.H. Beck, 1971.

<sup>86</sup> Non così per la violenza, per la quale il § 123, Abs. 2 non vale. Nell’ipotesi di violenza per il diritto tedesco – come, d’altra parte, anche per il diritto italiano (v. *infra*, Sez. III) – è irrilevante da chi provenga la violenza. Cfr., per tutti, H. DILCHER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 90-240, cit., § 123, p. 306.

<sup>87</sup> Sull’argomento, di recente, anche S. MARTENS, *Wer ist “Dritter”? Zur Abgrenzung der §§ 123 I und II 1 BGB*, in *Juristische Schulung (=JuS)*, 10, 2005, p. 887 ss.

<sup>88</sup> *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I. *Allgemeiner Teil*, cit., p. 206.

indiretto)<sup>89</sup> e le persone a esso equiparate, ovvero, ad esempio, i “Verhandlungsbeauftragte”, i quali si occupavano della fase delle trattative negoziali<sup>90</sup>.

Al contrario, la giurisprudenza tedesca più recente<sup>91</sup>, nonché la dottrina<sup>92</sup>, sono indirizzate verso una nozione di terzo più ristretta. In particolare, si sostiene non possa considerarsi terzo chi rientri, per così dire, nella “sfera” (direi, di interesse) del destinatario della dichiarazione (“Lager des Erklärungsempfängers”)<sup>93</sup> e appaia come sua persona di fiducia (“Vertrauensperson”), in maniera tale che gli atti posti in essere da quest’ultimo soggetto siano imputabili alla sfera giuridica del destinatario della dichiarazione. A fronte di questa interpretazione, che, ovviamente, esclude a maggior ragione i rappresentanti, possono parimenti non essere ritenuti soggetti terzi l’agente (“Makler”) e altri intermediari, i quali, almeno di regola, sono invece terzi<sup>94</sup>.

Come si nota, la nozione di terzo viene declinata caso per caso dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza. In concreto, comunque, l’assenza del rapporto di fiducia con il destinatario della dichiarazione può fungere da utile indicatore nel senso della terzietà o meno del soggetto ingannatore.

Per quanto riguarda questi ultimi aspetti, come si vedrà più avanti (Sezione III), non sembrano sussistere sostanziali diversità tra la disciplina prevista dal Codice civile tedesco e il Codice civile italiano. Quello che cambia nei due sistemi è invece il grado di conoscenza che il destinatario della dichiarazione deve avere delle manovre fraudolente del terzo. Nel BGB, infatti, a differenza dell’art. 1439,

---

<sup>89</sup> RGZ 61, 207; 72, 133. Interessante, nell’ambito della rappresentanza, è anche il caso del *falsus procurator*, il quale non viene ritenuto terzo qualora il *dominus* abbia ratificato il suo operato: cfr. RGZ 76, 107.

<sup>90</sup> Cfr. RG, SeuffA, 91, n. 40.

<sup>91</sup> Ci si riferisce, nello specifico, alle seguenti pronunce del “Bundesgerichtshof”: BGH NJW 1956, 705; 1961, 164; 1962, 1907.

<sup>92</sup> Si veda già A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, p. 616 ss.

<sup>93</sup> Così, per tutti, C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, § 123, München, C.H. Beck, 2015<sup>7</sup>, p. 1306; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016<sup>4</sup>, p. 342 ss.

<sup>94</sup> Cfr. RGZ 101, 97 ss.; BGHZ 33, 302, 309. Sul punto, sempre fondamentale W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1979<sup>3</sup>, p. 544.

comma 2, c.c., è prevista la possibilità che il contratto venga annullato per dolo del terzo non soltanto quando il destinatario della dichiarazione sia a conoscenza dell'inganno posto in essere dal terzo, ma anche qualora ignori il raggirio per sua negligenza ("wenn dieser [*sc.* der Erklärungsempfänger] die Täuschung kannte oder kennen musste")<sup>95</sup>. Ciò significa, in altri termini, che per pervenire all'annullamento del negozio è sufficiente provare che il destinatario della dichiarazione avrebbe dovuto conoscere i raggiri posti in essere dal terzo.

Ciò considerato, la differenza di regime tra le due norme (tedesca e italiana) mi sembra di tutta evidenza e impone alcune ulteriori riflessioni.

A me sembra, a questo proposito, che si possa affermare che la tutela del raggirato nel § 123 Abs. 2 Satz 1, limitatamente all'annullabilità del negozio, sia più ampia rispetto a quella prevista dall'analogo articolo italiano. In breve, non essendo necessario – per il sistema del BGB – dar prova della conoscenza, da parte dell'altro contraente, delle manovre fraudolente poste in essere dal terzo, importa un maggior ventaglio di possibilità di giungere all'annullamento del contratto per dolo (del terzo). Al contrario, la norma del Codice civile italiano trova la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare, oltre il raggirato, anche l'altra parte contraente che, quando è ignara dei raggiri posti in essere dal terzo, non deve sottostare all'annullamento del contratto, dato che ha fatto affidamento sulla bontà dell'attività negoziale. Ciò nonostante, anche tralasciando il fatto che la prova in giudizio della effettiva conoscenza del dolo del terzo da parte dell'altro contraente non è di certo delle più semplici per il raggirato, quest'ottica non riesce comunque a spiegare quale sia la ragione alla base della minor tutela dell'ingannato rispetto al contraente negligente che, pur non avendone conoscenza effettiva, avrebbe comunque dovuto conoscere l'inganno perpetrato dal terzo<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> In particolare, per l'ordinamento tedesco è sufficiente qualsiasi grado di colpa ("Fahrlässigkeit"). Cfr., per tutti, C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, § 123, cit., p. 1308.

<sup>96</sup> Si tornerà sul punto *infra*, Sez. III, Cap. II.







## **Sezione III**

*Diritto vigente*



# Capitolo I

## *Il negozio giuridico e il ruolo della volontà: il consenso viziato, il ruolo della volontà e l'abuso dell'altrui stato di minorazione del volere*

SOMMARIO: 1. Premessa: fatto giuridico e successione. – 2. La classificazione dei fatti giuridici. 3. Il negozio giuridico e le varie teorie sulla sua natura. – 4. Le conseguenze del superamento della dicotomia volontà-dichiarazione: lo spostamento d'asse sviluppato da Luigi Corsaro. A) La nuova interpretazione degli artt. 1438, 1447, 1448, 428, comma 2, del Codice civile e la conseguente rilettura della teoria dei vizi della volontà. B) Segue: la tesi del Lucarelli sulla lesione d'interessi.

### **1. Premessa: fatto giuridico e successione**

Il fatto giuridico è quel fatto rilevante per il diritto, il quale comporta la mutazione di una situazione già venuta ad esistenza in una situazione di nuova entità, costituendo, modificando oppure estinguendo determinate posizioni giuridiche soggettive<sup>1</sup>. Questa definizione va considerata facendo riferimento alla norma giuridica che identifica, nella realtà empirica, una determinata situazione dalla quale fa discendere determinati effetti giuridici<sup>2</sup>. Tali situazioni possono essere considerate come “fatti storici”<sup>3</sup>, cioè come quei fatti della realtà sostanziale ai quali l'ordinamento conferisce, attraverso una norma, determinati effetti giuridici. Sebbene il c.d. “fatto storico” sia legato al fatto giuridico e ne costituisca il fondamento materiale, essi non sono in tutto e per tutto sovrapponibili, in quanto si basano su due piani paralleli, quindi non coincidenti<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 3-4.

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 4; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 185.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 186; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 4-5.

Gli effetti giuridici sono di tre tipi, in quanto possono importare: α) la creazione o costituzione di nuovi rapporti giuridici: *effetti costitutivi*; β) l'estinzione di rapporti giuridici: *effetti estintivi*; γ) la modificazione o trasformazione di rapporti giuridici: *effetti modificativi*. Vi può quindi essere acquisto, perdita o modificazione di un diritto. L'acquisto può avvenire in due maniere: *a titolo originario*, ovvero quando il diritto sorge *ex novo*, a prescindere dal rapporto con un altro soggetto; *a titolo derivativo*, ovvero quando il diritto non sorge *ex novo* in capo a un determinato soggetto, ma vi è la trasmissione da un soggetto (c.d. *dante causa*) all'altro (c.d. *avente causa*), quindi un rapporto tra i due soggetti. Nell'acquisto *a titolo derivativo* si è in presenza del fenomeno della successione, il quale si ha in tutti quei casi nei quali un nuovo soggetto di diritto subentra nella posizione del soggetto precedente, fermo restando che vi può essere successione *passiva* e successione *attiva*: nel primo caso vi è trasformazione del soggetto passivo del rapporto; nel secondo, invece, vi è la trasformazione del soggetto attivo del rapporto<sup>5</sup>. Tuttavia, non tutti i rapporti sono trasmissibili, in quanto vi sono determinati rapporti, detti intrasmissibili, che non possono essere oggetto di trasferimento da una parte all'altra, dall'*autore* o *dante causa* al *successore* o *avente causa*<sup>6</sup>.

La suddivisione fondamentale all'interno del concetto di successione è quella tra *successione universale* o *a titolo universale* e *successione particolare* o *a titolo particolare*. La prima implica che il successore subentri *in universum ius*, ossia in tutte quelle situazioni giuridiche (attive e passive) trasmissibili di cui il dante causa era titolare, la seconda invece che succeda in determinate o singole situazioni giuridiche di cui il *de cuius* era titolare.

---

<sup>5</sup> Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001<sup>12</sup>, p. 44.

<sup>6</sup> Tra i rapporti c.d. intrasmissibili sono presenti quelli strettamente personali, i quali si caducano una volta che viene a mancare il titolare (es.: diritto agli alimenti, diritto di usufrutto).

## 2. La classificazione dei fatti giuridici

La distinzione principale che si fa solitamente per quanto riguarda i fatti giuridici, considerati come categoria generale e onnicomprensiva, è quella tra *fatto giuridico in senso stretto* (o *in senso proprio*) e *atto giuridico* (o *fatto giuridico volontario*)<sup>7</sup>. Gli atti giuridici sono quei fatti la cui verifica è dovuta alla coscienza e alla volontà del soggetto agente (e il diritto deve considerare quel determinato comportamento dell'uomo come atto giuridico, dando rilevanza giuridica a esso sulla base di una valutazione della coscienza e della volontà che lo circoscrivono)<sup>8</sup>, mentre i fatti giuridici in senso stretto sono tutti gli altri fatti giuridicamente rilevanti. All'interno di quest'ultima categoria sono da annoverare certamente tutti i fatti non umani, ma è necessario specificare che un comportamento umano non dà sempre luogo a un atto giuridico. Infatti, vi sono dei casi in cui un determinato contegno umano può integrare un fatto giuridico in senso stretto, in tanto in quanto l'ordinamento lo valuti a prescindere da coscienza e volontà.

Altra classificazione molto importante, la quale si rifà propriamente solo alla categoria degli atti giuridici, è quella tra atti leciti e illeciti. I primi sono quegli atti tali per cui l'uomo può esternare la propria volontà e, di conseguenza, avere un comportamento conforme a diritto e permesso, ossia valutato positivamente dall'ordinamento; i secondi sono, invece, quegli atti che vengono, in modo esplicito o implicito, riprovati e, quindi, proibiti dall'ordinamento<sup>9</sup>.

Con riferimento agli atti giuridici leciti, gli studiosi hanno suddiviso nuovamente la categoria in questione, facendo perno sulla distinzione tra i *meri atti giuridici* (chiamati anche *atti giuridici in senso stretto* oppure *atti non negoziali*) e

---

<sup>7</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 8-9; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 187-188; similmente anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 45-46. In questo caso però l'autorevole romanista utilizza come termini di distinzione "fatti giuridici involontari" e "fatti giuridici volontari". Alla stessa maniera anche P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 63, il quale però utilizza l'espressione "fatti giuridici in senso proprio" al posto di "fatti giuridici in senso stretto".

<sup>8</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 9.

<sup>9</sup> V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 23-24; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 46.

gli *atti giuridici di autonomia* (al cui interno hanno fondamentale importanza i c.d. *negozi giuridici*). I primi sono quegli atti il cui perfezionamento è lasciato alla libera determinazione delle parti, sapendo però che i loro effetti sono già decisi dall'ordinamento (ad esempio, si è di fronte a un *mero atto giuridico* quando un soggetto intima per iscritto al debitore di adempiere: costui è costituito in mora (art. 1219 c.c.); i secondi, invece, sono quegli atti che, in ordine sia al loro perfezionamento che ai loro effetti, sono liberamente e coscientemente voluti dai soggetti che li hanno posti in essere<sup>10</sup>.

### 3. Il negozio giuridico e le varie teorie sulla sua natura

Il concetto di negozio giuridico è stato elaborato dalla Pandettistica e ha riscontrato grande fortuna per tutto il XIX secolo e per buona parte del '900. I romani, dal canto loro, non conoscevano la definizione di questa determinata categoria concettuale<sup>11</sup> e, come noto, non faceva parte del loro patrimonio giuridico la costruzione di grandi astrazioni<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Per tale suddivisione si veda A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 47, nt. 2.3.4; similmente M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 189, in cui l'Autore fa riferimento allo scopo pratico perseguito dalle parti per la distinzione tra negozi giuridici e atti giuridici (leciti) in senso stretto. Nei primi assume particolare rilievo, appunto, lo scopo pratico voluto dalle parti, mentre nei secondi "...gli effetti si producono soltanto in base alla coscienza ed alla volontà della dichiarazione, senza considerare lo scopo pratico perseguito dalla parte..."

<sup>11</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, s.v. *Negozio giuridico (diritto romano)*, in *EdD*, 27, 1977, pp. 906-921. Si veda anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 340, nt. 21.1.1, in cui l'Autore afferma che il termine *negotium* usato dai giuristi romani ha il significato di "affare, di manifestazione di attività...del soggetto privato". Pertanto il *prudens* romano utilizza, sì, il termine *negotium*, ma con un'accezione differente rispetto a quella che noi siamo abituati a conferire al negozio giuridico. Similmente, anche se con sfumature leggermente diverse, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., pp. 9-10. Quest'ultimo Autore afferma che i giuristi romani non ragionano per grandi categorie sistematiche, ma a loro "non mancò certamente la consapevolezza precisa della fondamentale unitarietà...di tutti gli atti dispositivi privati. Questa consapevolezza si coglie bene già in certe fonti nelle quali si utilizzano termini generalissimi...come *res* o *negotium*".

<sup>12</sup> Sul punto davvero illuminanti sono le osservazioni di Emilio Betti e Pietro De Francisci in G. LURASCHI-G. NEGRI (cur.), *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* (Saggi di Pietro De Francisci e di Emilio Betti, con appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi), Como, New Press, 1997<sup>2</sup>, p. 1 ss. Nello specifico il De Francisci spiega magistralmente il riluttante accostamento dei giuristi romani classici alle astrazioni e alle concettualizzazioni generali, affermando che "... la tecnica dei giuristi romani si manifesta veramente come uno degli esempi più alti e come uno dei tipi più squisiti di costruzione dottrinale, che vuol rimanere aderente alla realtà... I giuristi romani possono ben chiamarsi dei pragmatisti per i quali il criterio della verità contenuta in una formula o della bontà di un istituto è dato dalla loro applicabilità ed utilità. Sono



Il negozio giuridico consiste, prima di tutto, in una “azione dell’uomo”<sup>13</sup>.

La disputa sulla sua definizione e sulla sua natura fu molto aspra e duratura, in quanto la dottrina pandettistica ottocentesca lo considerava espressione della forza creatrice della volontà<sup>14</sup>. Di conseguenza, la volontà dell’uomo, considerata come volontà di porre in essere un determinato atto che avesse effetti rilevanti per l’ordinamento, fu posta al centro dell’attenzione da parte di questi studiosi, creando il c.d. “dogma della volontà”. Non a caso, infatti, seguendo l’impostazione della civilistica tedesca del 1800, il negozio giuridico veniva considerato come “manifestazione o dichiarazione di volontà, esplicita o risultante da un comportamento concludente, diretta a produrre effetti giuridici, che l’ordinamento realizza in quanto voluti”<sup>15</sup>.

---

dei pratici, i quali non si lasciano dominare dalla logica astratta, e, anche là dove se ne valgono, la pongono al servizio dell’azione, della vita, che è cosa più ricca e complessa di quanto possa capire nella più vasta rete di sillogismi. Sono maestri poco amanti delle teorie generali i quali, portando in ogni campo un acutissimo senso della realtà, della struttura e dello scopo pratico di ogni istituto, sanno provocarne lo sviluppo, senza alterarne la compagine organica e originaria: pronti ad abbandonarlo quando esso non possa piegarsi a nuove funzioni, per creare nuovi mezzi rispondenti alla realtà diversa, a interessi mutati, all’urgenza di nuove necessità” (P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell’educazione giuridica*, cit., pp. 1-24 [precedentemente in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 1923, pp. 373-397]; alla stessa maniera, almeno da questo lato, anche E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 25-83 [precedentemente in *Archivio giuridico “Filippo Serafini” (=AG)*, 99, 1928, pp. 129-150; 100, 1928, pp. 26-66]).

In tali *Questioni*, inoltre, i due grandissimi romanisti si “scontrano” in ordine al ruolo della dogmatica moderna (o odierna) ai fini della ricostruzione di natura storica del diritto romano. Le due concezioni, quasi in antitesi tra loro, sono ben individuate da G. LURASCHI, *Presentazione* a G. LURASCHI-G. NEGRI (a cura di), *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. VIII, secondo il quale il diritto romano, dal punto di vista di De Francisci, “... vale in quanto precedente storico a noi più vicino e congeniale, ma pur sempre precedente storico, e come tale intimamente legato alla civiltà che lo ha prodotto e quindi concluso, anche se tutt’oggi esemplare e fecondo...”; mentre, per Emilio Betti, è “... il punto di partenza di una trama ininterrotta, la quale, pur attraverso assestamenti e ripensamenti, si perpetua sino a noi, postulando, accanto ed oltre la molteplicità degli ordinamenti storicamente coevi o successivi, l’unità fondamentale del fenomeno giuridico e la universalità di visione del giurista”.

<sup>13</sup> P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 118.

<sup>14</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., vol. 1, p. 310 ss. (trad. it. *Diritto delle Pandette. Con note e riferimenti al diritto civile italiano*, cit., vol. 1, p. 202 ss.).

<sup>15</sup> Così F. GALGANO, s.v. *Negozio giuridico (diritto privato)*, in *EdD*, 27, 1977, pp. 932-949. Allo stesso modo E. BETTI, s.v. *Negozio giuridico*, cit., p. 210. Si veda anche V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 29, nt. 2, in cui l’Autore osserva che sembra più corretto parlare di *estrinsecazione* o *manifestazione* di volontà, piuttosto che di *dichiarazione*, in quanto quest’ultimo termine implica che la volontà si estrinsechi a qualcuno nello specifico, mentre nei primi due casi la volontà non è necessario che sia diretta a qualcuno in particolare.

Il filone dottrinale appena accennato ebbe grande influenza sul BGB, il Codice civile tedesco del 1900, nel quale è contenuta una parte generale dedicata al negozio giuridico (“Rechtsgeschäft”).

Il negozio giuridico, quindi, secondo la costruzione dottrinale della Pandettistica e la costruzione legislativa del BGB derivante dalla prima, non è altro che una super-categoria ordinante la realtà dei rapporti sociali tra i soggetti di diritto. Questa include in sé, quasi con forza centripeta, tutto quello che è “autonomia privata”. È pura astrazione<sup>16</sup>.

Tale concezione c.d. soggettivistica (imperniata attorno a quella che è la volontà effettiva o interna del soggetto) del negozio giuridico non fu esente da critiche, anche molto forti e autorevoli. Queste critiche furono portate alla luce, nel panorama italiano, soprattutto da Emilio Betti, il quale dedicò buona parte dei suoi scritti al tema del negozio giuridico. Il Betti riteneva che la definizione pandettistica di negozio giuridico non cogliesse la vera e propria essenza di tale locuzione, in quanto “... ha il difetto radicale di ridurre il negozio ad un mero fatto psicologico del singolo, disconoscendo in esso la natura di un fatto sociale, che appartiene alla vita di relazione ed è, in essa, strumento dell'autonomia privata”<sup>17</sup>. Ancora l'Autore: “Col negozio egli [rectius il singolo] non può limitarsi a manifestare uno stato d'animo [rectius la volontà effettiva] ... che avrebbe una importanza puramente psicologica individuale; ma deve additare un criterio di condotta, porre un rapporto di valore normativo. La questione cade non già sul carattere di atto volontario, che ogni negozio deve avere, ma sulla funzione della volontà, sul posto che alla volontà deve essere assegnato nella struttura di un fatto sociale, quale è l'esplicazione dell'autonomia privata nella vita di relazione... Si nega soltanto che la volontà si trovi, nel negozio, in primo piano... Il tenore di un negozio qualunque insegna che in esso sta in primo piano il regolamento d'interessi disposto per l'avvenire, mentre la volontà sta solo in secondo piano, siccome indirizzata alla

---

<sup>16</sup> Tale macro-categoria non venne utilizzata dai compilatori del nostro Codice civile del 1942. Essi preferirono perseguire il c.d. “metodo dell'economia”, avuto riguardo al contratto (*ex art. 1321 c.c.*), il quale divenne la categoria ordinante dei rapporti tra privati, dichiarando che le norme relative a esso si potevano applicare anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (*art. 1324 c.c.*).

<sup>17</sup> E. BETTI, s.v. *Negozio giuridico*, cit., p. 210.

funzione pratica di quello: essa appartiene bensì alla genesi, ma non già al contenuto dell'atto di autonomia come fatto sociale"<sup>18</sup>.

La teoria del negozio giuridico propugnata dal Betti – c.d. teoria precettiva – ricade nell'ambito delle teorie c.d. oggettivistiche (all'interno delle quali si dà rilevanza alla dichiarazione esterna) del negozio giuridico, in tanto in quanto si coglie l'essenza di quest'ultimo quale “regolamento di interessi” tra le parti private.

Tuttavia, non sembra possibile scindere categoricamente le due concezioni appena esaminate, dato che colgono rispettivamente l'uno e l'altro aspetto della categoria del negozio giuridico. Da un lato, quindi, vi è una “manifestazione o dichiarazione di volontà”, a monte della quale sta – ovviamente – la “volontà effettiva”; dall'altro lato, un “regolamento di interessi”<sup>19</sup>, frutto dell'autonomia privata. Questi aspetti si devono necessariamente integrare uno con l'altro<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 54-55.

<sup>19</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 192-193; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 124. Cfr. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., pp. 5-6: “Il momento soggettivo identifica il contratto quale atto decisionale delle parti, e precisamente quale accordo. Sul piano sociale, l'accordo è una manifestazione di volontà, e come tale esso deve quindi essere inteso. Ciò non vuol dire accoglimento del c.d. dogma della volontà, cioè della teoria che ravvisa l'essenza del negozio nella volontà reale dell'individuo. Si tratta piuttosto di prendere atto che il significato sociale dell'accordo è quello di un atto di volontà, e che quando tale significato è insussistente manca il fenomeno del contratto... Oltre che come accordo il contratto può essere definito come *autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali*. La definizione di ‘autoregolamento’ è ormai corrente nella nostra dottrina ed essa ricomprende più in generale la categoria del negozio giuridico. La definizione del contratto quale autoregolamento, formulata in termini di irriducibile opposizione alla teoria c.d. soggettiva, integra la nozione di contratto, richiamandone l'ineliminabile momento oggettivo, e cioè la ‘disposizione’ o la ‘regola’ che le parti pongono in essere mediante il loro accordo. Il semplice riferimento al momento obiettivo è però insufficiente a identificare il contratto poiché la regola o la vicenda giuridica in cui si obiettivizza il rapporto intercorrente fra due soggetti potrebbe avere una fonte esterna (es.: atto amministrativo), dovendosi allora escludere la sua natura negoziale... Per potere parlare di contratto occorre che la disposizione sia posta in essere *dalle parti*, che cioè abbia fonte nel loro accordo quale atto di esercizio della loro autonomia privata”.

<sup>20</sup> Per un'ampia disamina delle fonti e critica inerente sia alle posizioni “soggettivistiche” sia a quelle “oggettivistiche”, si veda l'opera di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Napoli, Jovene, rist. 2008. In questo suo *Contributo* l'Autore si sofferma profondamente su quello che è il punto di arrivo della categoria del negozio giuridico ai giorni nostri, prendendo ad oggetto le varie teorie che sono state sviluppate dalla dottrina e “sezionando”, punto per punto, quello che a lui è sembrato più produttivo da parte degli innumerevoli studiosi che si sono accostati a questo tema col passare degli anni.

Sotto questo profilo, risulta da segnalare anche quanto affermato da F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018<sup>9</sup>, pp. 204-205. Secondo gli Autori appena citati, infatti, il nostro Codice civile pare accogliere una concezione volontaristica del negozio, temperata dal criterio dell'affidamento. Un tanto sembra emergere dalla Relazione al Codice civile stessa, della quale risulta opportuno riportare i seguenti passaggi: “In luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello proprio di

#### **4. Le conseguenze del superamento della dicotomia volontà-dichiarazione: lo spostamento d'asse sviluppato da Luigi Corsaro**

All'inizio degli anni settanta – successivamente, quindi, all'introduzione della teoria c.d. precettiva da parte del Betti, che, come già si è affermato, ha contribuito in maniera decisiva allo sviluppo della moderna concezione di negozio giuridico – si è fatta largo nel panorama dottrinale italiano, grazie a Luigi Corsaro<sup>21</sup>, una nuova interpretazione della teoria dei vizi della volontà. L'illustre civilista ha infatti ampiamente sottolineato come il presupposto dell'annullabilità del contratto non fosse rintracciabile soltanto nella malformazione della volontà del soggetto, ma anche in un ulteriore elemento, rappresentato dall'abuso dello stato di minorazione del volere da parte dell'altro contraente<sup>22</sup>.

Sotto questo profilo, è sin d'ora opportuno segnalare come un tale spostamento d'asse importi delle conseguenze rilevanti anche con riguardo alla tutela dell'affidamento dell'altro contraente. Invero, come è stato correttamente chiarito in dottrina, "... se vi è raggirio, minaccia, approfittamento, in una parola, se

---

autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'ambito delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa" (n. 603); "Contro il pregiudizio incline ad identificare la causa con lo scopo pratico individuale, la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito nel caso concreto, ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata" (n. 613); "Senza disconoscere il valore dell'elemento volitivo, si può dare, di regola, in caso di conflitto, la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza della stabilità dei rapporti giuridici, ove, beninteso, l'affidamento si fonda sulla buona fede consapevole del destinatario dell'atto di volontà".

<sup>21</sup> L. CORSARO, *Sulla "ratio" degli artt. 1447, 1448, 1438 e 428, 2° comma del codice civile*, Padova, Cedam, 1974; ID., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto* (Studio preliminare), Perugia, Università di Perugia, 1979; ID., *Raggirio, dolo colposo e annullabilità del contratto*, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, p. 31 ss.; ID., s.v. *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 32, 1989, p. 1 ss.; ID., s.v. *Rescissione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile* (Banca dati online *Leggi d'Italia*), 1997, pp. 1-19.

<sup>22</sup> Secondo L. CORSARO, *Raggirio, dolo colposo e annullabilità del contratto*, cit., pp. 37-38, le motivazioni che stanno alla base dell'insuccesso delle teorie sui vizi della volontà ampiamente prospettate nel corso dei decenni passati sono da ritrovarsi nella "... unilateralità che solitamente ha caratterizzato e tuttora in massima parte caratterizza l'elaborazione del pensiero giuridico in materia di vizi del consenso nel contratto. In effetti, l'approfondimento scientifico è da sempre avvenuto con riferimento al vizio del volere, alla malformazione della volontà della persona (dell'ingannato, del minacciato, dell'errante, dell'incapace), senza troppo riguardo alla posizione di chi sfrutta l'altrui situazione di inferiorità nella conoscenza della realtà o la mancanza di libertà di autodeterminarsi".

vi è abuso, la protezione dell'affidamento non ha più ragione di essere; non vi è più alcun affidamento da tutelare, ma solo un comportamento illecito da sanzionare”<sup>23</sup>.

**A) La nuova interpretazione degli artt. 1438, 1447, 1448, 428, comma 2, del Codice civile e la conseguente rilettura della teoria dei vizi della volontà**

La rilettura della teoria dei vizi del volere proposta dal Corsaro si fonda sull'interpretazione di alcune disposizioni del Codice civile, ovvero gli artt. 1438, 1447 e 1448.

Secondo il noto civilista, attraverso l'introduzione degli articoli menzionati, il legislatore ha inteso regolamentare – al di là di quanto affermato circa le conseguenze dell'annullabilità per dolo e violenza (artt. 1434, 1435, 1436, 1437, 1439 e 1440) – “la situazione di formale libertà ma di sostanziale mancanza della stessa in cui versa il contraente in stato di pericolo o di bisogno o sottoposto a minaccia d'esercizio del diritto”<sup>24</sup>. E ciò, sostiene il Corsaro, attraverso il richiamo a due elementi: il primo, rappresentato dal nesso di causalità tra lo stato di pericolo o di bisogno e la formazione della volontà; il secondo, dato dall'appropriamento altrui della situazione creatasi<sup>25</sup>.

Da un tanto non può che ricavarsi il seguente principio: “nella formazione del contratto non è lecito che un contraente si avvantaggi dell'altrui stato di minorazione del volere”<sup>26</sup>. In questo senso, la legge ha voluto assegnare lo stesso peso, la stessa efficienza causale all'elemento della minorazione del volere e a quello dell'abuso, i quali – per così dire – non possono che darsi assieme.

Il Corsaro sottopone poi a un serrato vaglio interpretativo le varie disposizioni sopra richiamate, prendendo le mosse dalla minaccia di far valere un diritto (art. 1438). In questa ipotesi, per la parte che subisce una minaccia in sé legittima, è

---

<sup>23</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 7.

<sup>24</sup> L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, cit., p. 59 ss.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 60.

<sup>26</sup> *Ibid.*

possibile addivenire all'annullamento del contratto soltanto ove tale minaccia sia diretta a conseguire vantaggi ingiusti, portando, quindi, alla conclusione di un contratto a condizioni a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte, la quale ha tratto beneficio dell'altrui stato di minorazione del volere<sup>27</sup>.

Per quanto concerne, poi, l'art. 1447, poco importa che il rimedio concesso dalla legge non sia l'annullamento, bensì la rescissione, in quanto uno dei contraenti ha comunque profittato della situazione particolare in cui si veniva a trovare l'altro, il quale non aveva altra scelta se non quella di stipulare quel contratto (a condizioni inique) per evitare un evento dannoso per la sua persona o di altri<sup>28</sup>.

Il discorso non cambia per l'art. 1448. La rescissione del contratto per lesione viene in questo caso accordata al contraente che, in virtù della spinta dovuta a un bisogno economico, ha concluso il contratto a condizioni fortemente inique, con un soggetto che, consapevole dello stato di bisogno in cui egli versava, ne ha tratto vantaggio<sup>29</sup>.

Nelle ipotesi appena illustrate si vede come la tradizionale prospettiva della volontà viziata di un contraente – qui a causa della minaccia altrui (in sé lecita), dello stato di pericolo o di bisogno – si intrecci con l'abuso di tale situazione da parte dell'altro contraente. In altri termini, accanto al vizio del consenso si deve porre, con pari dignità l'abuso della situazione di minorazione del volere<sup>30</sup>.

Da ultimo, si inserisce nello stesso ordine di considerazioni anche l'art. 428, comma 2, c.c. Invero, come noto, ai fini dell'annullabilità dei contratti per incapacità naturale, risulta necessaria la presenza di tre elementi: lo stato di incapacità di intendere e volere, l'elemento concorrente del pregiudizio e la mala fede altrui, che si concreta – usando le parole del Corsaro – “nell'usare a proprio vantaggio della situazione contrattuale di potere in cui ci si trova”<sup>31</sup>, ovvero in un abuso.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 8 ss.

<sup>31</sup> Così L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, cit., p. 101. Le posizioni di quest'ultimo sono state poi recepite anche da altri illustri studiosi, tra cui merita segnalare il Sacco, che già nel 1975 si poneva sulla stessa linea interpretativa. A tal proposito, si riportino qui di seguito alcune recenti affermazioni del Sacco: “Molte volte la

Alla luce di queste considerazioni, il Corsaro arriva ad affermare che “la teoria dei vizi del volere va ripensata *tenendo conto* del principio del divieto di abusare dell'altrui situazione di inferiorità. Principio, questo, non peregrino, come taluno potrebbe sostenere, ma positivamente affermato già dal legislatore del 1942 che ha introdotto tante novità contro l'abuso (artt. 1438, 1447, 1448, 428, 2° comma), il cui rapporto di convergenza normativo testimonia la tendenza dell'ordinamento a combattere l'abuso dell'altrui situazione di inferiorità”<sup>32</sup>.

---

legge considera rilevante – ai fini dell'efficacia del contratto – la sproporzione fra le prestazioni. Il grado e il modo di questa rilevanza possono essere vari. La legge può fissare il corrispettivo delle varie prestazioni, e comminare la nullità degli accordi che tentano di derogarvi. Oppure può proteggere l'equilibrio fra le prestazioni collegandolo con la protezione della libertà del volere: le parti, che sono libere di donare e accettare doni, che sono libere di compiere le speculazioni più avventurose, che sono libere di richiedere e promettere prezzi e remunerazioni di affezione, possono fissare efficacemente prezzi, prestazioni e controprestazioni ai livelli preferiti, finché tale statuizione si sia formata in un modo impeccabile. Quando essa sia dovuta ad un elemento patologico, che ha viziato il procedimento di formazione del volere, il negozio deve essere riesaminato. Se la mente di un soggetto è indebolita da una situazione viziante (incapacità di intendere, stato di bisogno, stato di necessità, ecc.), si renderebbe un cattivo servizio al soggetto che si vuol proteggere, invalidando tutti i suoi atti. Si proibirebbe al malato di farsi operare o di procurarsi i medicinali, al debitore di liquidare il proprio matrimonio. Si commette questo errore – a livello legale – a proposito del minore, cui il tramviere, il ristorante e il barbiere dovrebbero rifiutare rispettivamente il biglietto di viaggio, la bistecca con patate e il taglio di capelli, per timore di esporsi ad una domanda di annullamento. In altre parole, ci sono casi in cui il soggetto deve essere protetto da un vincolo per il fatto stesso che la sua volontà era viziata: se il soggetto era caduto in errore, o se era coartato dalla minaccia di un male ingiusto, non c'è ragione per imporgli l'efficacia di un patto che, fin dall'origine, sarebbe stato meglio non concludere. Ma se il soggetto è incapace, se è in stato di pericolo o di bisogno, un'invalidità comminata a tutti i suoi atti peggiorerebbe il suo stato perché lo escluderebbe dal traffico giuridico, sottraendogli ogni credito. Il nostro legislatore ha seguito la trama ora accennata (protezione contro l'abuso) in numerosi casi: se il contratto è concluso dall'incapace naturale; se il contratto è concluso in stato di necessità o di pericolo; se il contratto è concluso sotto la minaccia dell'esercizio di un diritto; se il contratto è concluso da chi è in stato di dipendenza economica. La via percorsa dal nostro legislatore, se seguita ulteriormente, potrebbe portare a risultati maggiori e sboccare in una più generale protezione dell'onestà del traffico giuridico. Tutti gli abusi – abusi di posizione dominante, di monopolio, di cartello, di distorsione del mercato – meritano rimedi di tipo rescissorio. Il sistema dei prezzi imposti è un rimedio migliore della rescissione per abuso solo in quanto si accetti il rischio di allontanarsi dai prezzi di mercato, e in quanto si preferisca il rimedio della nullità (ricollegata *ipso facto* al prezzo illegale) al rimedio della rescissione (da accordarsi caso per caso previa istruttoria). Le norme sulla repressione dell'abuso danno luogo a problemi di classificazione. Esse operano quando intervengano: - uno stato d'animo del contraente che ne determina, viziandola, la volontà; - un atteggiamento biasimevole della controparte; - una sproporzione fra le prestazioni, o un pregiudizio del contraente a rischio, o un vantaggio ingiusto per la controparte. Le fattispecie considerate appartengono dunque, contemporaneamente, alle ipotesi dei vizi del volere, degli abusi, e dei contenuti contrattuali sproporzionati” (R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, Utet, 2016<sup>4</sup>, pp. 444-445).

<sup>32</sup> L. CORSARO, *Raggirio, dolo colposo e annullabilità del contratto*, cit., p. 39.

## B) Segue: la tesi del Lucarelli sulla lesione d'interessi

Se la tesi del Corsaro ha colto nel segno, non si può affermare altrettanto di un'altra interpretazione, portata alla luce da Francesco Lucarelli negli anni '60<sup>33</sup>.

Secondo questa tesi, le norme sulla rescissione mostrano con evidenza come, a seguito della conclusione del contratto a condizioni inique, sia presente una lesione patrimoniale in capo al contraente che si trovava in stato di pericolo o di bisogno. Viene posto poi l'accento sull'elemento del pregiudizio riportato dalla norma sull'incapacità naturale, pervenendo infine alla conclusione che una lesione deve esistere anche nell'errore, nella violenza e soprattutto nel dolo. Ed è proprio la disciplina del dolo che pare mettere in evidenza il profilo della lesione<sup>34</sup>. Invero, una tale ipotesi troverebbe conferma, secondo il Lucarelli, nella norma sul dolo incidente (art. 1440 c.c.), e, in particolare, nella locuzione "condizioni diverse" – maggiormente svantaggiose per il *deceptus* –, così da giustificare il risarcimento del danno<sup>35</sup>.

Allo stesso maniera, anche la disciplina in materia di dolo del terzo corroborerebbe l'impostazione del giurista napoletano, poiché l'annullabilità in questo caso è condizionata al "vantaggio"<sup>36</sup>.

Tuttavia, la tesi del Lucarelli è stata aspramente criticata da autorevoli esponenti della civilistica italiana, tra cui il Sacco, secondo cui: "questa imprevista ricostruzione delle norme sui vizi del volere non è redditizia. Essa affronta il problema della lesione ma non il problema della libertà delle scelte. Apparentemente, tale libertà non interessa le persone nate per il programma televisivo unico, l'abito uniforme, il giornale unico da leggere seduti nella poltrona di tipo unico. Ma anche questo tipo di soggetto... ha problemi di scelta, a seconda dei suoi specifici bisogni... e ciò, a prescindere da ogni sproporzione fra le prestazioni"<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964.

<sup>34</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>36</sup> Cfr. F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 17.

<sup>37</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 448.



Il profilo della lesione, quindi, non sembra potersi valutare ai fini dell'annullamento del contratto per vizio del volere. Non è infatti richiesta dall'ordinamento la prova dell'elemento del danno subito dalla vittima, "il che equivale a dire che la caducazione del contratto non è subordinata alla prova di una effettiva lesione e cioè di uno squilibrio tra le prestazioni dovuto al vizio del consenso"<sup>38</sup>.

Sulla stessa linea della dottrina maggioritaria si pone anche la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "l'esistenza di una lesione patrimoniale, del resto, è del tutto indifferente nell'ipotesi di dolo, dal momento che la relativa azione di annullamento è diretta a tutelare la libertà del volere del contraente anche se sia per lui vantaggioso"<sup>39</sup>.

---

Ulteriormente, secondo C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. del dir. comm.*, 1993, parte prima, pp. 377-378, "il riferimento al vantaggio contenuto nel 2° comma dell'art. 1439 c.c., può essere inteso o in termini affatto generici (una sorta di vantaggio *in re ipsa*, consistente nel fatto di aver potuto contrarre in una posizione avvantaggiata, stante l'erroneità dei presupposti in base ai quali la controparte ha contrattato), oppure quale inopportuno inciso inserito dal legislatore, che meglio avrebbe fatto a seguire la via indicata dal BGB, che nel già citato par. 123 (2), evita di utilizzare il termine *Vorteil*, o altri consimili, limitandosi a parlare del soggetto destinatario della dichiarazione viziata. Non per nulla, in Germania è principio incontestato quello secondo cui «non si richiede, contrariamente a quanto avviene nel caso della fattispecie penalistica di truffa, che l'ingannato abbia a soffrire un danno patrimoniale per il tramite del negozio. Infatti il par. 123 BGB non protegge il patrimonio, bensì la libertà di decisione. Nè è necessaria nel *deceptor* l'intenzione di danneggiare l'altro, o di procurarsi un vantaggio patrimoniale». Del resto, la circostanza che non sia menzionato, nella norma in esame, oltre al vantaggio di uno dei contraenti, anche il danno subito dal *deceptus*, sullo schema dell'art. 640 c.p., rende, a mio avviso, la norma stessa «monca», in quanto «vantaggio di un contraente non significa necessariamente danno dall'altra». Mentre infatti può (e deve) concepirsi una tutela del danneggiato anche in assenza di un vantaggio altrui, non mi pare possa ammettersi il contrario: perciò, se c'è danno, troveranno operatività le regole di risarcimento; ma se un danno non c'è, non si capisce per quale ragione deve «punirsi» l'avvantaggiato. La possibilità di ottenere l'annullamento prescinde, dunque, da ogni considerazione in punto di pregiudizio e profitto, potendosi chiedere l'invalidazione di un contratto anche in assenza dell'uno e dell'altro".

<sup>38</sup> P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, 1. *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, p. 426.

<sup>39</sup> Cass., 5 maggio 1975, n. 1717, in *GC*, 1975, I, p. 1279.



# Capitolo II

## *Il dolo negoziale*

SOMMARIO: 1. Il dolo quale vizio del volere e i suoi elementi caratteristici. – 1.1. L'elemento oggettivo del dolo-vizio. 1.2. L'elemento soggettivo del dolo-vizio. 1.3. Ulteriori elementi. 2. Una figura particolare: il dolo 'colposo'. 3. Il dolo del terzo nel Codice civile. 3.1. La nozione di terzo in ambito negoziale. 3.2. La nozione di terzo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1439, comma 2, c.c. 4. Il dolo negli atti negoziali unilaterali. 4.1. L'accettazione dell'eredità. 4.2. La rinuncia all'eredità. 4.3. Il dolo nel testamento. 4.4. La captazione testamentaria.

### **1. Il dolo quale vizio del volere e i suoi elementi caratteristici**

Nel Codice civile italiano del 1942 il dolo viene disciplinato in due disposizioni specifiche: l'art. 1439, comma 1, e l'art. 1440. Il primo, rubricato solamente "Dolo" (ma, come noto, questo è il caso del dolo *determinante*), afferma che "il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato"; mentre il secondo, rubricato "Dolo incidente", dispone che "se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni"<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Sul dolo *incidente* (o, meno frequentemente, *incidentale*), per quanto riguarda la disciplina romanistica, v. *supra*, Sez. I. Nell'attuale diritto civile la fattispecie del dolo *incidente* risulta essere di sporadica applicazione e si differenzia, rispetto al dolo *determinante*, in ordine a due aspetti essenziali, molto ben spiegati da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 770-771. Quest'ultimo Autore, infatti, pone in luce due diversità: la prima, palesemente ricavabile dal dato normativo, riguarda la "sorte del contratto", cioè il fatto che, in caso di dolo *incidente*, il contratto resta comunque valido e produce i suoi effetti, a differenza di quanto accade per il dolo *determinante*; la seconda, invece, si rifà alla "... misura del risarcimento dovuto alla vittima dell'inganno. Nel caso di dolo *determinante*, questa ha diritto (oltre che all'annullamento, o, se preferisce, in alternativa all'annullamento) al risarcimento del danno, *commisurato all'interesse negativo*: ovvero il danno che la vittima ha «risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto» (art. 1338). La vittima di dolo *incidente* ha come unico rimedio il risarcimento: ma questo non si

Innanzitutto, sulla base dell'analisi dell'art. 1439, comma 1, quello che, in primo luogo, deve essere messo in luce è il significato del termine “raggiri”. A prima vista risulta difficile poter dare un significato a tale parola che sia, allo stesso

---

determina sul parametro dell'interesse negativo, bensì deve comprendere *tutte le utilità perse dalla vittima per avere contrattato alle condizioni suggerite dall'inganno*”.

Sebbene la figura del dolo *incidente* non fosse espressamente presente nella codificazione previgente del 1865 – dove, per la precisione, il dolo-vizio (*determinante*) era disciplinato solamente dall'art. 1115, il quale così disponeva: “il dolo è causa di nullità del contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali, che l'altro senza di essi non avrebbe contrattato” – essa si riteneva ugualmente ammessa sia in dottrina che in giurisprudenza. Sul punto, cfr., A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 171. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si veda F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 185 ss.

Il dolo *incidente*, inoltre, non deve essere considerato come una ulteriore e diversa figura rispetto a quello *determinante*, ma si ritiene, invece, secondo una dottrina ormai consolidata, che “il *dolus malus* determinante (*causam dans*) che è causa di annullamento dei negozi, si distingue dal *dolus incidens*, non perché si tratti di una diversa figura di dolo (o solo di una diversa intensità di questo), ma perché diverso è l'oggetto, su cui cadono le conseguenze dell'inganno” (C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 747). Di conseguenza, l'oggetto o le circostanze su cui cade l'inganno del *deceptor* saranno essenziali perché si possa integrare la fattispecie del dolo *determinante*, come saranno non essenziali o secondarie in caso di dolo *incidente*. Su quest'ultimo punto si veda, ad esempio, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 151; U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, cit., p. 395 ss.; F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 186 ss.

Da ultimo, risulta opportuno rilevare come l'art. 1440 c.c. scomponga il piano della valutazione della correttezza della condotta da quello della sorte del contratto, prescrivendo l'esperimento dell'azione di danni (e la connessa responsabilità precontrattuale) anche nell'ipotesi in cui le trattative abbiano condotto alla conclusione di un contratto dannoso, benché valido ed efficace. Stando all'impostazione oggi più maggiormente accreditata, l'art. 1440 c.c. non è norma eccezionale, come si riteneva in passato, bensì espressione di un principio generale, in forza del quale la responsabilità precontrattuale sarebbe del tutto svincolata dalla disciplina delle cause di invalidità del contratto. Al fine di spiegare tale assunto si è, sin dall'avvento del Codice civile del 1865, fatto riferimento alla oramai celebre distinzione tra regole di validità e regole di correttezza, sulla quale, tuttavia, una parte della dottrina ha da sempre mostrato perplessità. Proprio per tale motivazione vi è la tendenza – almeno da parte di alcuni Autori – a circoscrivere la generalizzazione del principio di cui all'art. 1440 c.c. all'interno della tematica della giustizia contrattuale e, in particolare, del sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale. Evitando di andare oltre sul punto, oggetto non precipuo della presente tesi, deve rilevarsi che dall'ipotesi espressa dell'art. 1440 c.c. la dottrina ha ricavato la categoria dei c.d. ‘vizi incompleti della volontà’, in presenza dei quali, appunto, non vengono ad integrarsi cause di annullabilità o rescindibilità, ma soltanto comportamenti scorretti, violativi del canone di buona fede oggettiva che presiede alle trattative contrattuali.

Con riferimento alla distinzione tra regole di validità e regole di correttezza, menzionata nel precedente capoverso, la bibliografia è molto ampia. Tra i titoli più importanti, occorre citare i seguenti: A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 105 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 ss.; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 458; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990, p. 118 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *RDC*, 2002, I, p. 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; C. CASTRONOVO, *Vaga ‘culpa in contrahendo’: invalidità responsabilità e la ricerca della ‘chance’ perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 4 ss. e 26 ss.

tempo, completo e non suscettibile di equivoci, in quanto, secondo una eminente dottrina, “la norma lascia scoperti tre problemi fondamentali: *a*) non precisa quale elemento soggettivo (colpa, o intenzione) integri la fattispecie del raggirio; *b*) non dice se il raggirio possa ridursi ad un comportamento omissivo (quando tale comportamento, sul piano eziologico, sia condizione necessaria perché la vittima cada in errore), e non precisa se costituisca raggirio il comportamento che – in presenza di un errore della vittima – impedisce alla vittima di ricredersi e di appurare la verità dei fatti; *c*) non chiarisce se il raggirio si riduca a peculiari forme tipiche di condotta, o se possa constare genericamente di qualsiasi comportamento che induca in errore; e in particolare non dice se sia raggirio quel comportamento intrinsecamente inidoneo ad ingannare e che però, per la peculiare ingenuità della vittima, finisce poi per trarlo in errore”<sup>41</sup>.

In via generale la figura del dolo-vizio (dal punto di vista del *deceptor* o raggiratore), ai fini dell’annullabilità del negozio, è formata da due elementi fondamentali:  $\alpha$ ) elemento oggettivo: il raggirio, ovvero la condotta, il contegno o il comportamento materiale suscettibile di estrinsecarsi attraverso vari mezzi o strumenti, positivi o negativi che siano, e volto a indurre o mantenere in errore il *deceptus* o raggirato;  $\beta$ ) elemento soggettivo: il c.d. *animus decipiendi* (*alterum*), ossia la consapevolezza o, più generalmente, la volontà di trarre in inganno l’altrui soggetto<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., p. 223 ss.

<sup>42</sup> Spiega molto bene tale questione C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 665, secondo cui “la nozione di raggirio – nella quale si identifica il dolo quale causa d’invalidità del contratto – implica in generale l’intenzionalità dell’agire, e precisamente il proposito di influire sul consenso della vittima mediante un comportamento ingannevole”. Più specificamente, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 150, che vede il dolo-vizio così costituito: “*a*) elemento primo del dolo è... il raggirio, cioè un complesso di manovre e di artifici (*calliditas, fallacia, machinatio*); *b*) secondo requisito: che il raggirio sia opera dell’altro contraente; *c*) il nesso causale tra i raggiri e la prestazione del consenso risulta chiaramente richiesto dal testo della legge: «raggiri tali che, senza di essi, l’altra parte non avrebbe contrattato»: è il *dolus causam dans*. I raggiri hanno prodotto l’inganno, l’inganno conduce alla formazione del consenso; *d*) accanto a questi requisiti menzionati nell’art. 1439, si deve ricordare anche l’intenzione di colui che inganna, elemento insito nello stesso concetto di dolo”. Alla stessa maniera anche C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 744.

### 1.1. L'elemento oggettivo del dolo-vizio

Più specificamente, per quanto riguarda l'elemento oggettivo del dolo-vizio, si è soliti distinguere vari mezzi o strumenti per tramite dei quali il contegno materiale, rappresentato in generale dai raggiri (di cui all'art. 1439 c.c.), può esternarsi. Essi sono suddivisibili, a loro volta, in mezzi positivi o negativi, a seconda della loro natura commissiva oppure omissiva. Tra i primi si annoverano:  $\alpha_1$ ) il vero e proprio inganno o macchinazione (*machinatio*, stando alla definizione data da Labeone);  $\alpha_2$ ) il mendacio (o menzogna). Tra i secondi:  $\alpha_3$ ) la reticenza<sup>43</sup>;  $\alpha_4$ ) il silenzio.

$\alpha_1$ ) Inganno vero e proprio o *machinatio*: è l'unico caso che solitamente non reca problemi di sorta nella sua qualificazione di mezzo o strumento del dolo-vizio, integrando perfettamente "gli estremi del raggio"<sup>44</sup>. Esso è "... l'*artificiosa predisposizione di segni esteriori che offrono una falsa rappresentazione della realtà*"<sup>45</sup>. Si potrebbe avere, ad esempio, un inganno vero e proprio, così da dar vita alla figura del dolo *determinante*, nel caso di un venditore che intenda alienare, anche sulla base di produzione di falsa documentazione o di dichiarazioni non rispondenti al vero di soggetti complici nel raggio, una quantità notevole di bottiglie di pregiato vino recanti il marchio D.O.P. a un altro soggetto, il quale, sicuro della buona fede dell'alienante, non ha dubbi e consente alla compravendita, non accorgendosi che le bottiglie a lui vendute sono, in realtà, di scarsa qualità<sup>46</sup>.

$\alpha_2$ ) Mendacio o menzogna: rappresenta il comportamento di un soggetto che presenta come rispondenti al vero fatti che, in realtà, non lo sono o viceversa. È

---

<sup>43</sup> V. *supra*, p. 57 ss.

<sup>44</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 53.

<sup>45</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 761.

<sup>46</sup> All'interno della casistica giurisprudenziale troviamo numerose altre fattispecie di inganno determinante del consenso; come, ad esempio, nell'ambito di una gara pubblica istituita dalla P.A., "... la falsa rappresentazione della realtà attuata da un concorrente con il far apparire la esistenza di altri concorrenti alla gara, e la maggior convenienza della propria offerta, determinandosi in tal modo il vizio del consenso della P.A. in quel suo momento essenziale di scelta tra più concorrenti" (Cass., 6 dicembre 1984, n. 6409, in *Repertorio generale annuale – Giustizia civile (=RGC)*, 1984, *Pubblica Amministrazione*, p. 22). Altri casi di dolo-vizio *determinante* e dovuto a *machinatio* sono in Cass., 22 ottobre 1974, n. 3030, in *Giustizia civile (=GC)*, 1975, I, p. 662; Cass., 5 maggio 1975, n. 1717, in *GC*, 1975, I, p. 1277.

sicuramente annoverabile tra i contegni positivi o, più specificamente, commissivi. Tuttavia, come ci spiega il Sacco, “chi si accinga a studiare il tema nelle massime giurisprudenziali e nella letteratura divulgativa non può sottrarsi ad un certo stupore, vedendo le imprecisioni concettuali che vi abbondano. Talora, il concetto di omissione viene esteso fino a comprendervi la figura del mendacio, che consta invece di una dichiarazione ed è quindi un comportamento ben chiaramente commissivo...”<sup>47</sup>.

La dottrina più risalente e tradizionale, peraltro ormai sorpassata, non riteneva possibile che la menzogna o il mendacio fossero mezzi del dolo, in quanto il comportamento poco cauto o poco prudente del soggetto (caduto nella “rete” di menzogne predisposta dal *deceptor*) nel suo “agire” negoziale non era suscettibile di essere tutelato da parte dell’ordinamento. Infatti, secondo quanto affermava il Trabucchi, “è cosa certa che il mendacio rappresenta un contegno disonesto il quale può essere anche idoneo a trarre in inganno. È però altrettanto certo che il mendacio è cosa diversa dal raggio. Anche se la parte ha acconsentito soltanto perché si è fidata delle risposte – false – ricevute alle sue richieste di informazione, non può per questo affermare di essere stata tradita; essa ha sbagliato, nel fidarsi, delle informazioni di chi aveva un interesse contrario al suo. E quindi, se in seguito a tali informazioni false, il dichiarante è caduto in un *errore* tale che abbia i requisiti per essere titolo autonomo di annullamento, potrà esercitare questa azione di impugnativa; se dall’informazione erronea deriva un obbligo particolare di *garanzia* della controparte, il dichiarante potrà esercitare l’azione contrattuale; ma, nella fattispecie, per il solo mendacio, il dolo non c’è stato nei suoi riguardi”<sup>48</sup>. Quindi, secondo tale impostazione, la mera menzogna non potrebbe mai rilevare in se medesima quale mezzo del dolo, ma dovrebbe, invece, essere accompagnata o

---

<sup>47</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., p. 228. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto si veda F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 56 ss.

<sup>48</sup> A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 523.

integrata o corroborata da ulteriori elementi ingannatori, cosicché possa affermarsi di essere di fronte a veri e propri raggiri o artifici<sup>49</sup>.

Non è di questo avviso, invece, la dottrina a noi più vicina, la quale trova il suo “fulcro concettuale” nell’essere maggiormente garantistica nei confronti della vittima di mendacio, dato che, secondo una delle voci più autorevoli in materia, “l’inganno sarà qualificato come raggio a seconda dell’oggetto su cui cade. L’agente ha infatti il diritto di occultare fatti che concernono esclusivamente la propria sfera; ad es., può occultare l’uso che farà dell’oggetto acquistato, nonché l’utile che ricaverà dall’affare, e così via. Ma non può comunicare notizie false sull’andamento del mercato, nemmeno se, nel presentarle, le schermava sotto la speciosa apparenza della notizia concernente la sua propria sfera. Ulteriormente non è lecito ingannare per suscitare, attraverso la compassione, la pietà, ecc., lo spirito di liberalità del *deceptus*; come non è lecito, reciprocamente, far credere di essere mosso alla contrattazione da animo di liberalità. Alla stregua di quanto accennato, qualsiasi comportamento umano, il quale induca altri in errore, può costituire l’elemento oggettivo del raggio, purché l’errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere. Solo in questa antidoverosità del comportamento menzognero è ravvisabile la tipicità della condotta di cui all’art. 1439 c.c.”<sup>50</sup>. Questo è vero, poiché la dottrina del Trabucchi postula, invece, che il riporre fiducia in un soggetto infido sia da imputare all’ingannato. Ma questo omette di considerare il fatto per cui, sovente, chi trasmette l’impressione di essere affidabile (e non lo è, in realtà) lo fa sulla base di elementi ingannevoli dallo stesso già posti in essere a quello scopo (millantando conoscenze; affermando di avere competenze inesistenti e così via).

---

<sup>49</sup> Sempre secondo A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 153, “... non basta il semplice mendacio, la notizia falsa... quando non siano accompagnati e quasi avvalorati da un’opera di artificio”.

<sup>50</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., pp. 226-227.

Conforme a quest’ultimo e più condivisibile indirizzo dottrinale risulta essere l’atteggiamento tenuto dalla Suprema Corte di Cassazione in materia di mendacio o menzogna. Ad esempio, si faccia riferimento a Cass., 24 maggio 1968, n. 1573, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, p. 734; Cass., 17 ottobre 1969, n. 3401, in *Giur. It.*, 1972, I, 1, p. 456; Cass., 6 novembre 1982, n. 5858, in *RGC*, 1982, *Obbligazioni e contratti*, p. 311.



L'esempio che più frequentemente viene fatto in riferimento al mendacio o alla menzogna è quello della pubblicità commerciale, ovvero quella forma di diffusione di informazioni, caratteristiche, qualità, ecc., afferenti ai propri o altrui prodotti o beni di consumo. Questo tipo di attività dovrebbe informare il consumatore sulle vere qualità o caratteristiche del prodotto, senza sconfinare nel pericoloso ambito della pubblicità ingannevole, in quanto, si presume, sarebbe auspicabile una condotta corretta e secondo buona fede (in senso oggettivo) nei confronti del contraente "debole", quale è, per eccellenza, il consumatore finale. Ora, avendo la pubblicità un forte connotato di attrazione sociale, può ben accadere che essa sia menzognera e che, di conseguenza, possa indurre in errore o trarre in inganno il soggetto consumatore, soprattutto in ambito di comparazione tra prodotti dello stesso tipo facenti capo a marchi diversi<sup>51</sup>. Così l'ordinamento italiano, prima con il d.l. 74/1992 (adottato in attuazione della Direttiva n. 450/84/CEE, in materia di pubblicità ingannevole) e poi con il D.Lgs. 206/2005 (c.d. codice del consumo), ha prescritto varie forme di tutela contro la pubblicità ingannevole, soprattutto in ambito amministrativo, lasciando però ancora aperta la possibilità del consumatore di addivenire all'annullamento del contratto per dolo. Infatti, *ex art. 19, comma 2°, lett. a)* del codice del consumo, si prevede che la disciplina particolare delle pratiche commerciali scorrette non sia di ostacolo all'"applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norma sulla formazione, validità od efficacia del contratto"<sup>52</sup>.

α<sub>3</sub>) Reticenza: per questa figura di mezzo del dolo, con particolare riferimento al dolo omissivo, si rinvia *supra*<sup>53</sup>.

α<sub>4</sub>) Silenzio: la maggior parte della dottrina non vede tale mezzo del dolo quale figura a sé stante, ma come concetto completamente sovrapponibile e, quindi, coincidente a quello di reticenza che dà luogo a dolo *omissivo*<sup>54</sup>. Vi è taluno, invece,

---

<sup>51</sup> Come avverte R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., p. 228, in via generale "la pubblicità mendace è l'esempio paradigmatico del mendacio. Dalla pubblicità mendace si risale al mendacio in genere, per constatare che il mendacio è raggiri".

<sup>52</sup> Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 763.

<sup>53</sup> P. 62 ss.

<sup>54</sup> Ciò si desume soprattutto dal fatto che la maggior parte degli Autori non si pronuncia sulla sussistenza della fattispecie del dolo *negativo*.

che "... si domanda se possa aversi anche una forma di dolo che consista soltanto nella coscienza dell'inganno in cui la controparte è caduta", ovvero se possa aversi il c.d. dolo *negativo*, distinguendolo così dal dolo *omissivo*. Sembra che la risposta sia affermativa, ma "la sola conoscenza dell'errore potrà dar luogo a effetti particolari in analogia a quelli del dolo soltanto di fronte a un obbligo direttamente previsto di dichiarare il vero stato delle cose..."<sup>55</sup>.

## 1.2. L'elemento soggettivo del dolo-vizio

Per quanto concerne, invece, l'elemento soggettivo del dolo-vizio, la dottrina tradizionale ritiene che il dolo, per essere considerato tale, debba essere necessariamente costituito anche da un elemento soggettivo, ovvero da quell'*animus*, qualificabile come volontà o intenzionalità, diretto a ingannare qualcun altro (e rappresentato dal gerundio latino *decipiendi*). In particolare, ai fini dell'*animus decipiendi* o, ancora meglio, "perché si possa parlare in questo senso di intenzione di ingannare è necessaria la conoscenza della falsità delle rappresentazioni che si producono nella vittima, e la credenza che sia possibile determinare con quegli artifici la volontà"<sup>56</sup>.

Inoltre, secondo la miglior dottrina, non vi è bisogno, ai fini dell'integrazione della fattispecie del dolo-vizio, né del c.d. *animus nocendi*, ovvero la volontà o il proposito di nuocere o danneggiare il *deceptus*<sup>57</sup>, né di una lesione o danno patrimoniale, poiché il dolo-vizio del consenso spiega la sua efficacia ogni qual

---

<sup>55</sup> Le proposizioni tra virgolette appartengono a A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 153. Sul punto, molto opportunamente, anche R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, in *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 463 ss.

<sup>56</sup> Così, in riferimento ai requisiti dell'*animus decipiendi*, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 150; *amplius*, ID., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 228 ss. e 504 ss.

<sup>57</sup> Così A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 229; ID., s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 150; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 665, nt. 89. Inoltre, secondo il primo dei due grandi civilisti appena citati, il fatto "... che non sia necessaria l'intenzione di danneggiare altrui, o, viceversa, di trarre un vantaggio per sé, è un elemento caratteristico per distinguere il dolo civile dal dolo penale. La volontà di ledere e di guadagnare è invece essenziale nei reati contro il patrimonio... che li distingue dagli altri casi di illecito raggiro..." (A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 150 nt. 1). Ulteriori indicazioni bibliografiche in F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 157 ss.

volta siano presenti mezzi o strumenti idonei, in concreto, a minare il consenso dell'altra parte, la quale cade in errore senza bisogno di ulteriori "conseguenze indirette"<sup>58</sup>.

### 1.3. Ulteriori elementi

L'elemento oggettivo e soggettivo, però, non bastano per una considerazione a tutto tondo della struttura del dolo-vizio, in quanto sono necessarie alcune precisazioni in riferimento ad altri due aspetti di capitale importanza, i quali sono: 1) l'errore in cui cade la vittima di dolo (*deceptus*) e 2) il nesso eziologico tra l'inganno o, più generalmente, tra i raggiri o artifici posti in essere dal *deceptor* e l'errore del *deceptus*, il quale consente al negozio.

1) Errore in cui cade la vittima di dolo (*deceptus*): la sostanziale differenza tra errore-vizio o motivo e dolo (che, per l'appunto, non è altro che l'altrui induzione in errore) si manifesta palesemente in questo aspetto. Infatti, "... a differenza di ciò che accade in materia di errore-vizio, qui l'errore, in cui viene indotto il *deceptus*, per poter condurre all'annullabilità del contratto, non deve essere qualificato. È sufficiente che, di fatto, abbia determinato il consenso del *deceptus*, indipendentemente, quindi, dalla ricorrenza dei requisiti, richiesti dall'art. 1429 c.c."<sup>59</sup>. Di conseguenza, l'errore provocato da dolo-vizio non ha alcun bisogno di essere essenziale e riconoscibile per essere rilevante, ma l'importante è che si sia manifestato in capo al *deceptus*<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 230.

<sup>59</sup> Così F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 111. Sul punto anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 457-458; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. Il dolo*, cit., pp. 233-234, e U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, cit., pp. 372-373.

<sup>60</sup> L'unica opinione autorevole che si discosta da tale interpretazione notevolmente maggioritaria è quella di F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 327, secondo il quale "... l'annullamento del contratto per dolo richiede che il raggio dell'altro contraente o del terzo abbia provocato un errore rientrante nelle previsioni dell'art. 1429: a chi agisce per ottenere l'annullamento del contratto viziato da dolo basterà provare l'errore cui è stato indotto, se l'errore verte sulla natura del contratto o sull'oggetto del contratto o sull'identità dell'oggetto; ma egli dovrà, ulteriormente, provare che l'errore è stato determinante del suo consenso, se l'errore indotto verte su qualità dell'oggetto o sull'identità o qualità dell'altro contraente".

Il dolo, in questo senso, è caratterizzato, per l'ordinamento, da quel suo carattere di "... particolare riprovazione sociale...", proprio perché "... non merita tutela giuridica l'interesse dell'autore del raggirio a trarne profitto a danno della vittima"<sup>61</sup>.

L'attività ingannatoria posta in essere dal *deceptor* può vertere su qualsiasi aspetto del negozio, tra cui i motivi o ragioni subiettive che hanno portato il soggetto – poi vittima di dolo – a consentire alla conclusione del contratto. Di regola, come noto, i motivi sono irrilevanti giuridicamente; ma, in caso di dolo, anche l'errore sui motivi diviene rilevante. Infatti, "la disciplina del dolo vizio viene... generalmente considerata come un allargamento dei casi di efficacia dell'errore, in quanto causa di annullamento del negozio: cioè per effetto del dolo vengono in considerazione anche ipotesi di errore che altrimenti non avrebbero di per sé normalmente rilevanza come vizio della volontà negoziale..."<sup>62</sup>.

2) Nesso eziologico o di causalità: esso, in materia di dolo-vizio, risulta essere duplice, in quanto, "... prima l'illecito del raggirio... deve avere influito sulla formazione dello stato subiettivo di errore... del dichiarante; poi questo deve avere influito come uno dei motivi determinanti..."<sup>63</sup>. Quindi, il rapporto causale vi sarà tra l'inganno o, più generalmente, tra i raggiri o artifici e la falsa rappresentazione della realtà da essi provocata o indotta nella persona del *deceptus* e, in seconda battuta, tra quest'ultima e la formazione della volontà diretta a consentire al negozio<sup>64</sup>.

Tale stretto nesso eziologico si manifesta in maniera lampante già dalla lettura degli artt. 1439 e 1440 c.c.; infatti, in essi si pretende che i raggiri usati da uno dei

---

<sup>61</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 665.

<sup>62</sup> C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 744; A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 151; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 664. Cfr. Cass., 1 maggio 1925, in *La Corte di Cassazione*, 1925, p. 1732, secondo cui "... il dolo, quale volontaria provocazione di un errore, ha importanza in quanto dà conseguenze ad un errore che di per sé non ne porterebbe; sotto questo aspetto, anche se l'errore è di quelli che sono, come tali giuridicamente irrilevanti (come nella specie errore sui motivi), acquista efficacia in quanto prodotto da dolo".

<sup>63</sup> A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., p. 89.

<sup>64</sup> Sul punto F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 119 ss.

contraenti siano stati tali che, senza di essi, il negozio non si sarebbe concluso (dolo *determinante*) oppure si sarebbe concluso a condizioni diverse (dolo *incidente*)<sup>65</sup>.

La prova di tale rapporto di causalità, tuttavia, non è di facile raggiungimento, dato che l'inganno perpetrato dal *deceptor* influisce "... sulla sfera conoscitiva e volitiva di colui nei cui confronti è rivolto l'inganno, dando origine ad un processo psichico interno, che si esteriorizzerà, poi, nel mondo fenomenico, con la prestazione del consenso"<sup>66</sup>. Di conseguenza, per ovviare a tali difficoltà, la dottrina civilistica ha sviluppato delle osservazioni volte a mettere in luce circostanze esterne o esteriori rispetto all'indagine da sostenersi sul processo di formazione della volontà *effettiva* o *interna* (nel caso specifico, viziata dai raggiri); così, ad esempio, si sostiene come non si possa fare a meno della considerazione del contegno tenuto dalla vittima del raggio, poiché, "ad un prima lettura... il ruolo giocato dal *deceptus* sembra essere quello di mero bersaglio dell'attività decettiva altrui, protagonista del tutto passivo della vicenda che si verifica ai suoi danni: la sua posizione, in altri termini, sarebbe determinante unicamente in caso di scoperta del raggio, ciò che renderebbe irrilevante l'azione fraudolenta della controparte. L'assenza, nel testo normativo, di un qualsivoglia riferimento alla «sensatezza» del *deceptus* od alla sua diligenza, sembrerebbe imporre una soluzione di questo tipo. Tuttavia, ad una analisi più approfondita, si evidenzia la necessità di prendere in esame non solo la figura ed il comportamento del *deceptor*, bensì anche quella del *deceptus* (o preteso tale), al fine di considerare completata la fattispecie integrativa degli estremi del dolo negoziale; solo un esame comparativo delle rispettive posizioni permette, infatti, di dare adeguata risposta a molte ipotesi definibili come «intermedie», in cui non appare con chiarezza quale sia la reale causa efficiente dell'errore in cui è caduta la parte, o che non si possono a rigore di logica inserire

---

<sup>65</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 marzo 1996, n. 1955, in *Archivio civile* (=AC), 1996, II, p. 865: "l'ordinamento, con l'art. 1439 c.c. considera il dolo determinante (*causam dans*) causa di annullamento del contratto, quando i raggiri usati sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto. Gli artifici o raggiri, infatti, determinano la volontà del contraente, in quanto ingenerano nel *deceptus* una rappresentazione alterata della realtà... Si richiedono artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultimo".

<sup>66</sup> F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, cit., p. 120.

né nella categoria dell'errore provocato (dolo), né in quella dell'errore spontaneo”<sup>67</sup>.

## 2. Una figura particolare: il dolo ‘colposo’

Stando a quanto affermato da una parte della dottrina civilistica – che, ancorché minoritaria, sta raccogliendo col passare del tempo consenso sempre maggiore –, è da ammettersi l'esistenza del c.d. dolo ‘colposo’. Secondo la voce più autorevole e rappresentativa di tale parte della dottrina, “la lettera e il sistema lasciano libero l'interprete di ricostruire il raggiro inserendovi o espellendone i requisiti della colpevolezza o della intenzionalità”<sup>68</sup>. Oltre a questa argomentazione – di per sé non decisiva<sup>69</sup> –, sono vari gli argomenti portati dagli autori a favore dell'opinione appena esposta.

In primo luogo, si fa riferimento al raggiro che quale atto illecito, sia esso doloso o colposo, può essere sanzionato ai sensi del disposto di cui all'art. 2043 c.c. Tale assunto si scontra tuttavia con il fatto che l'elemento della colpa, per quanto certamente idoneo ai fini del rimedio del risarcimento del danno, non lo è altrettanto in relazione all'annullamento del contratto<sup>70</sup>.

In secondo luogo, i fautori dell'esistenza del dolo ‘colposo’ all'interno del sistema, nel tentativo di superare il rilievo critico riportato nel precedente capoverso, trovano un appiglio nell'art. 1892 c.c. relativo al contratto di

---

<sup>67</sup> Così C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, cit., pp. 354-355. Per la giurisprudenza, cfr., App. Catania, 13 maggio 1957, in *Giur. sic.*, 1957, p. 644; Cass., 9 novembre 1972, n. 3353, in *Massimario del Foro italiano* (=MFI), 1972, p. 3352; Cass., 28 ottobre 1993, n. 10178, in *Contr.*, 1994, 2, pp. 129-134.

<sup>68</sup> Così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 537. L'opinione, da ricondursi primariamente ad A. PARRELLA, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *TEm.*, II, 1930, pp. 241-270, è stata riportata in auge dal grande civilista piemontese già nella prima edizione dell'opera sul contratto, risalente al 1975 e facente allora parte del *Trattato di diritto civile* diretto dal Vassalli. Si conformano alla tesi dell'illustre civilista torinese, tra gli altri: L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, cit., p. 145 ss.; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*. 1, parte seconda, *Fatti e atti giuridici*, Torino, Utet, 1987, p. 684; L. CORSARO, *Raggiro, dolo colposo e annullabilità del contratto*, cit., p. 39 ss.; A. GENTILI, s.v. *Dolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, 12, 1989, pp. 2-3. Cfr. anche A. VALENTE, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 166.

<sup>69</sup> Cfr. R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, cit., p. 447.

<sup>70</sup> Cfr. P. LAMBRINI, *Raggiro colposo e 'actio de dolo malo'*, in L. GAROFALO (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, cit., p. 274.

assicurazione, in particolare nel primo comma, il quale recita: “le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave”. Il riferimento alla colpa (peraltro grave<sup>71</sup>) e la sua equiparazione al dolo ai fini della norma appena citata, oramai è chiaro, viene usato quale presupposto per giustificare la figura del dolo ‘colposo’<sup>72</sup>.

A ciò deve peraltro aggiungersi un ulteriore aspetto, da sintetizzarsi nelle conseguenze a cui si andrebbe incontro accogliendo la teoria tradizionale (di cui si darà conto a breve). Secondo il Sacco, infatti, non è possibile che il legislatore abbia privilegiato il soggetto in colpa nell’ambito del conflitto tra autore del raggirò colposo e vittima incolpevole<sup>73</sup>.

Al contrario, la dottrina tradizionale<sup>74</sup>, assieme alla unanime giurisprudenza<sup>75</sup>, è dell’avviso che elemento costitutivo del dolo-vizio del volere possa essere ravvisato soltanto nell’intenzionalità. Diversi sono anche in questo caso gli argomenti portati a supporto.

Innanzitutto, si fa riferimento alla storia dell’istituto, in base alla quale l’intenzionalità dell’agire è elemento basilare per aversi dolo<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Sul tema della colpa grave si faccia riferimento a U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptor*, cit., p. 384 ss.

<sup>72</sup> Cfr. R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 537 ss. Si conforma a quest’impostazione V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 766, secondo cui l’art. 1892 c.c. “... indica che legare l’annullamento a un inganno solo colposo non ripugna al sistema”.

<sup>73</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 538.

<sup>74</sup> A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 151; C.A. FUNAIOLI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 746; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 463 ss.; C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptor*, cit., p. 384 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, cit., p. 446 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 665.

<sup>75</sup> Cfr. Cass., 23 luglio 1960, n. 2119, in *Mass. Foro it.*, 1960, p. 466; Cass., 10 luglio 1972, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1972, p. 691; Cass., 4 luglio 1981, n. 4383, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2515 ss.

<sup>76</sup> Così, ad esempio, R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, cit., p. 447, secondo cui una ricostruzione storica e sistematica dell’istituto “... conduce linearmente a ricusare l’affermazione che la figura del «raggirò colposo» possa costituire dolo”. Tuttavia, tale teoria è oramai da considerare superata. Sul punto si veda la limpida analisi di P. LAMBRINI, *Raggirò colposo e ‘actio de dolo malo’*, in L. GAROFALO (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, cit., p. 271 ss.

Si rileva, poi, che affermare la sussistenza del dolo ‘colposo’ significherebbe sovrapporre ingiustamente le norme sul dolo a quelle sull’errore. Come è stato sottolineato, queste ultime “... trovano applicazione proprio nelle ipotesi in cui, al vizio della volontà di una delle parti, si accompagna la colpa dell’altro contraente, in capo al quale incombe l’onere di riconoscere l’errore altrui, usando della normale diligenza. Ora, se è vero che... funzione principale della disciplina del dolo è proprio quella di rendere rilevanti tutti gli errori provocati, anche quelli non essenziali, laddove la si svincolasse dal requisito dell’intenzionalità, tutte le ipotesi regolate dalla normativa sull’errore parrebbero sussimibili in quella dettata per il dolo”<sup>77</sup>.

Per di più, non risulta essere persuasivo neppure l’aggancio all’art. 1892 c.c., il quale, secondo parte della dottrina tradizionale, anche autorevole<sup>78</sup>, costituisce una norma di carattere eccezionale, per ciò stesso non suscettibile di essere accostata all’art. 1439 c.c.

### 3. Il dolo del terzo nel Codice civile

Come accade in materia di violenza, anche la norma in materia di dolo del terzo si conforma alla tradizione romanistica. Come si è ampiamente visto, nel diritto romano l’*actio de dolo* poteva essere esperita soltanto contro l’autore del dolo, controparte negoziale o terzo che fosse. Vi era l’obbligo, per l’attore, di indicare specificamente chi avesse commesso dolo (costruzione della formula *in personam scripta*)<sup>79</sup>. Oggigiorno, anche se in ragione di differenti parametri, la situazione non è poi così diversa. Mentre ai fini dell’annullamento del contratto per violenza è indifferente da chi provenga la minaccia, in materia di dolo i comportamenti commissivi od omissivi<sup>80</sup>, se provenienti dal terzo, devono essere

---

<sup>77</sup> Così C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, cit., p. 386.

<sup>78</sup> Cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 469.

<sup>79</sup> Sul punto v. ampiamente *supra*, p. 110 ss.

<sup>80</sup> È ammessa da autorevole dottrina l’esistenza della reticenza del terzo. Così, ad esempio, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*<sup>3</sup>, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Milano-Padova, Wolters Kluwer, 2015, p. 420, nonché V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 769, il quale riporta il seguente esempio, utile a rendere più chiara la fattispecie: “A, in trattative con B, lo rinvia a X come a buona fonte



conosciuti dall'altro contraente. Se quest'ultimo non ne è a conoscenza, il contratto rimane valido e pienamente efficace (c.d. '*rilevanza relativa e condizionata del dolo del terzo*').

L'art. 1439, comma 2°, disciplina appunto il caso in cui il dolo derivi non dalla condotta fatta di raggiri o artifici della controparte contrattuale, ma da quella di un terzo. In questo caso, il contratto è annullabile alla presenza dei seguenti requisiti previsti dalla norma in esame: α) la conoscenza (effettiva) che una delle due parti contrattuali ha dei raggiri posti in essere da parte del terzo; β) il vantaggio che la parte consapevole dei raggiri trae dall'attività ingannatoria perpetrata dal terzo.

In ordine al primo requisito, è da sottolineare che la conoscenza dell'attività decettiva posta in essere dal terzo deve essere effettiva o concreta in capo alla parte contrattuale, non bastando la mera conoscibilità<sup>81</sup>. Alla stessa maniera, però, non è neppure necessario che il soggetto che abbia tratto vantaggio dall'attività non conforme a buona fede del terzo sia stato complice dell'inganno stesso<sup>82</sup>.

In relazione, invece, al vantaggio che la parte trae dall'altrui attività fraudolenta si può affermare, con la dottrina più autorevole, come esso sia in senso lato integrato "... dall'interesse stesso alla stipulazione del contratto, anche se si tratta di un interesse non patrimoniale"<sup>83</sup>.

---

delle informazioni che B gli chiede; X, contattato da B, gli tace un dato importante per le sue decisioni contrattuali; A sa che X ha taciuto a B quel dato: perché precludere a B il rimedio dell'annullamento *ex art. 1439*?" *Contra*, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 549, il quale sostiene: "la rilevanza della reticenza dipende dalla esistenza di un obbligo di informare la parte in errore. Certo, tale obbligo non farà carico, in via di principio, ad un soggetto estraneo al contratto, né legato ai contraenti da uno speciale rapporto; per cui il dolo del terzo non potrebbe essere dolo omissivo". Fa riferimento alla disputa dottrinale appena descritta anche P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 1. *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 2006<sup>2</sup>, p. 519.

<sup>81</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1983<sup>9</sup> (rist.), pp. 169-170.

<sup>82</sup> In questo caso i raggiri sarebbero imputabili direttamente al contraente. Così F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 326.

<sup>83</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 669. *Contra*, invece, F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., *passim*. Più articolata, invece, le posizione di C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, cit., pp. 377-378, secondo il quale "... il riferimento al vantaggio contenuto nel 2° comma dell'art. 1439 c.c., può essere inteso, o in termini affatto generici (una sorta di vantaggio in *re ipsa*, consistente nel fatto di aver potuto contrarre in una posizione avvantaggiata, stante l'erroneità dei presupposti in base ai quali la controparte ha contrattato), oppure quale inopportuno inciso inserito

### 3.1. La nozione di terzo in ambito negoziale

A differenza di quanto accade nel diritto romano, delineare il concetto di ‘terzo’ nel diritto civile – sempre in ambito negoziale, si intende – risulta essere un’operazione più semplice. È noto, infatti, che si perviene alla nozione di ‘terzo’ attraverso – si potrebbe dire – un procedimento inverso: si prende cioè il concetto di ‘parte negoziale’ e lo si pone in negativo; in sostanza, chi non è parte del negozio è, per forza di cose, terzo rispetto allo stesso. O meglio, ad essere più precisi, è terzo chi non è parte sostanziale né formale del negozio<sup>84</sup>.

La dottrina civilistica è, sul punto, unanime, e, come è stato già osservato<sup>85</sup>, una tale prospettiva coglie nel segno, e ciò se non altro perché non può facilmente prestare il fianco a critiche.

Va rilevato, però, che un illustre civilista ha fatto notare come, alla luce di alcune indicazioni fornite dal Codice civile del 1942, si potrebbero fornire maggiori elementi per precisare e meglio individuare il concetto di ‘terzo’<sup>86</sup>. Tuttavia, le conclusioni a cui giunge l’Autore non mi sembrano suggestive.

### 3.2. La nozione di terzo ai sensi e per gli effetti dell’art. 1439, comma 2, c.c.

A parte i requisiti posti direttamente dalla norma relativa al dolo del terzo, fondamentale, ai fini della sua applicazione, è l’individuazione dei soggetti che

---

dal legislatore... Del resto, la circostanza che non sia menzionato, nella norma in esame, oltre al vantaggio di uno dei contraenti, anche il danno subito dal *deceptus*, sullo schema dell’art. 640 c.p., rende, a mio avviso, la norma stessa “monca”, in quanto vantaggio di un contraente non significa necessariamente danno dall’altra. Mentre infatti può (e deve) concepirsi una tutela del danneggiato anche in assenza di un vantaggio altrui, non mi pare possa ammettersi il contrario: perciò, se c’è danno, troveranno operatività le regole di risarcimento, ma se un danno non c’è, non si capisce per quale ragione deve “punirsi” l’avvantaggiato. La possibilità di ottenere l’annullamento prescinde, dunque, da ogni considerazione in punto di pregiudizio e di profitto, potendosi chiedere l’invalidazione di un contratto anche in assenza dell’uno e dell’altro”.

<sup>84</sup> Per la nozione di parte del negozio e del contratto si veda, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 53 ss.

<sup>85</sup> G.B. FERRI, s.v. *Parte del negozio giuridico*, in *EdD*, 31, 1981, pp. 901-916, in particolare p. 915.

<sup>86</sup> *Ibid.*

devono ritenersi terzi. A questo proposito, si riscontra, una certa diversità tra le posizioni della giurisprudenza e le opinioni della dottrina. In particolare, la giurisprudenza sembra assestarsi, da sempre, sul dato formale, e quindi su un concetto di terzo maggiormente tecnico, facendo leva sulla presenza o meno di un rapporto di rappresentanza quale criterio discrezionale<sup>87</sup>. Pertanto, nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia riscontrabile, l'attività ingannatoria del rappresentante sarà direttamente riferibile al rappresentato e contraente (e si addiverrà all'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439, comma 1, c.c.).

In caso contrario, ossia nel caso in cui non sia rinvenibile alcun rapporto rappresentativo tra il contraente e il soggetto autore del dolo, quest'ultimo sarà considerato terzo. A questo riguardo, sono rilevanti alcune pronunce della Suprema Corte di Cassazione, come ad esempio quella relativa alla terzietà del mandatario senza rappresentanza (qual è il procacciatore d'affari):

*“Il mandatario senza rappresentanza, che può valersi dell'opera di altri soggetti senza violare i limiti del mandato, se questo non gli sia stato conferito intuitu personae, rimane (come il procacciatore di affari) estraneo all'affare per sua iniziativa concluso tra il mandante ed un terzo e, pertanto, l'eventuale attività dolosa da lui svolta per determinare il terzo alla conclusione del contratto è irrilevante, ai fini dell'annullabilità del negozio, se non sia nota alla parte che gli ha conferito l'incarico”<sup>88</sup>.*

Oppure al caso dell'agente, anch'egli terzo ai fini dell'art. 1439, comma 2 c.c.:

*“L'agente che non abbia la rappresentanza del preponente limita la propria attività alla ricerca dei compratori, alla presa di contatto con gli stessi ed all'inizio delle trattative, restando estraneo alla conclusione del contratto, che si verifica esclusivamente tra il preponente ed il cliente al momento in*

---

<sup>87</sup> Cfr., per tutti, R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, cit., p. 479.

<sup>88</sup> Cass., 17 marzo 1981, n. 1552, in *MGC*, 1981, p. 602.

*cui s'incontrano i rispettivi consensi; conseguentemente il venditore risponde dei danni sofferti dall'acquirente, che sia stato indotto al contratto da raggiri posti in essere dall'agente, solo ove ne sia a conoscenza”<sup>89</sup>.*

Oppure ancora in ambito di contratti di polizza fideiussoria:

*“Nei contratti cosiddetti di polizza fideiussoria o cauzionale nei quali una banca o una compagnia assicuratrice assume l'obbligazione di garantire l'adempimento di prestazioni contrattuali o di assolvere in via sussidiaria gli obblighi del debitore insolvente, trovano applicazione oltre che la disciplina della fideiussione anche le regole generali in materia di contratti, fra cui quella dell'art. 1439, comma 2, c.c., a tenore del quale il contratto è annullabile per dolo anche quando i raggiri siano stati adoperati da un terzo se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio. Di conseguenza la connivenza fra il creditore garantito ed il debitore principale nel trarre in inganno l'emittente della polizza è causa di annullamento della polizza medesima, senza che sia necessario accertare la partecipazione del creditore garantito alla conclusione della fideiussione”<sup>90</sup>.*

Interessante, poi, è una sentenza della Cassazione in materia di contratti a favore di terzo, dove si afferma che il beneficiario non è parte né in senso sostanziale né in senso formale dell'accordo; pertanto, il suo stato soggettivo può rilevare eventualmente soltanto quale terzo autore di raggiri. Nello specifico:

*“Nei contratti a favore di terzi [...] il terzo non è parte né in senso sostanziale, né in senso formale e si limita a ricevere gli effetti di un rapporto già costituito ed operante, sicchè la sua adesione si configura quale mera “condicio iuris” sospensiva dell'acquisizione del diritto (rilevabile “per facta concludentia” restando la dichiarazione del terzo di voler profittare del*

---

<sup>89</sup> Cass., 29 giugno 1981, n. 4222, in *MGC*, 1981, p. 1495.

<sup>90</sup> Cass., 2 aprile 1985, n. 2253, in *GC*, 1986, I, p. 1141.

*contratto necessaria soltanto per renderlo irrevocabile ed immodificabile (art. 1411 comma 3 c.c.). Ne consegue che gli stati soggettivi rilevanti ai fini dell'annullabilità del contratto sia sotto il profilo della riconoscibilità dell'errore (art. 1428 c.c.) sia sotto il profilo del dolo (art. 1439 c.c.) sono esclusivamente quelli dei contraenti, mentre nessuna rilevanza assumono normalmente quelli del terzo, salvo che i raggiri in cui si sostanzia il dolo provengano dal terzo (art. 1439 comma 2 c.c.), a cui favore il contratto è stato stipulato, giusta la previsione dell'art. 1411 c.c.*"<sup>91</sup>.

Ciò considerato sulla posizione della giurisprudenza<sup>92</sup>, è giunto il momento di passare all'interpretazione – molto restrittiva – data dalla dottrina al tema.

Per la verità, i civilisti concordano nel ritenere terzo, ai fini dell'applicabilità della norma di cui si tratta, il soggetto che non è né parte in senso formale né in senso sostanziale del contratto<sup>93</sup>. Perciò, non sarebbero da ritenere terzi i soggetti ausiliari – a vario titolo – del contraente, come, ad esempio, il mandatario (con o senza rappresentanza), il mediatore, l'agente e altre figure affini.

Per quanto il quesito, data la varietà di casi che possono presentarsi concretamente, non possa avere una soluzione univoca, a me sembra che la soluzione data dalla giurisprudenza sia da preferire. Infatti, da un lato, essa si poggia su un dato formale, almeno in astratto più sicuro; dall'altro lato, si rivela più estensiva, e quindi non tende allo "svuotamento" del contenuto dell'art. 1439, comma 2, c.c.

#### **4. Il dolo negli atti negoziali unilaterali**

Un'ipotesi particolare di dolo negoziale si ha nei negozi unilaterali. Come noto, sulla base dell'art. 1324, c.c., "salvo diverse disposizioni di legge, le norme

---

<sup>91</sup> Cass., 24 dicembre 1992, n. 13661, in *Vit. not.*, I, p. 769.

<sup>92</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità non può invece essere considerato terzo il patronato incaricato da un pensionato al fine di svolgere una particolare pratica. Così, Cass., 29 aprile 1997, n. 3728, in *Banca dati online Dejure*.

<sup>93</sup> Cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 669.

che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”. Oggigiorno non sembrano esservi particolari dubbi sull’applicabilità delle norme sui vizi del volere anche ai negozi unilaterali<sup>94</sup>. In particolare, si ritiene generalmente che, nel caso di atti unilaterali recettizi, l’annullabilità per dolo richieda l’inganno perpetrato dal destinatario o la sua conoscenza del dolo posto in essere da un terzo<sup>95</sup>; mentre, con riguardo agli atti unilaterali non recettizi, l’opinione quasi unanime ammette l’annullabilità per dolo senza limiti, ossia “... ancorché provenga da un terzo all’insaputa della persona considerata nel negozio”<sup>96</sup>.

Il Codice civile fa espressa menzione del dolo in tre atti unilaterali, che saranno analizzati qui di seguito. Si tratta, in particolare, di atti tutti facenti parte della materia successoria, ossia: accettazione dell’eredità e rinuncia alla stessa, quali atti *inter vivos*, nonché il testamento, quale atto *mortis causa*.

#### 4.1. L’accettazione dell’eredità<sup>97</sup>

Come noto, l’eredità, per essere acquistata, è soggetta ad atto di accettazione. Quest’ultimo è atto unilaterale e non recettizio, puro (ovvero *actus legitimus*) e irrevocabile (*semel heres semper heres*). A parte gli effetti dell’accettazione con beneficio d’inventario, l’erede che accetta puramente e semplicemente dovrà rispondere *ultra vires* per le obbligazioni assunte dal *de cuius*, il che significa che non potrà chiedere l’annullamento dell’accettazione per errore sulla effettiva

---

<sup>94</sup> Cfr., tra gli altri, A. TRABUCCHI, s.v. *Dolo (diritto civile)*, cit., p. 154.

<sup>95</sup> Così G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*<sup>3</sup>, in *Comm. cod. civ.* Mirabelli, Torino, Utet, 1980, p. 560 ss., nonché R. CAVALLO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. Il dolo*, cit., p. 483.

<sup>96</sup> Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 170. Tuttavia, secondo G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 245, la recettizietà non è da assumersi quale criterio atto a giustificare una tale diversificazione. Di più, secondo una voce che è rimasta isolata in dottrina, ovvero quella di F. MARANI, *Il dolo del terzo in alcune particolari categorie di atti unilaterali*, in *RDC*, 1966, I, p. 58 ss., in particolare p. 89, è da dubitare dell’impugnabilità degli atti non recettizi.

<sup>97</sup> In generale sull’istituto si veda, con ampia bibliografia, G. BONILINI-M. CONFORTINI, *Codice delle successioni e delle donazioni*, Torino, Utet, 2014, p. 226 ss. Utile anche la voce enciclopedica di C. CICERO, s.v. *Accettazione dell’eredità*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile (Banca dati online Leggi d’Italia)*, 2013, p. 1 ss.

consistenza del patrimonio ereditario<sup>98</sup>. Non a caso, infatti, la legge, all'art. 482 c.c., prescrive l'impugnabilità del negozio di accettazione soltanto per dolo (o per violenza): "L'accettazione dell'eredità si può impugnare quando è effetto di violenza o di dolo. L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto il dolo"<sup>99</sup>.

Per quanto qui rileva, considerata anche la non recettizietà dell'atto di accettazione, non sembrano esservi particolari dubbi sul fatto che qui il dolo assume rilevanza da chiunque sia stato posto in essere<sup>100</sup>.

Oltre a ciò, come per il dolo del terzo nei contratti, anche nell'ambito di cui si discute è da ritenersi valida la distinzione tra dolo determinante e dolo incidente. Il primo si ha nell'ipotesi in cui i raggiri siano stati tali che, in mancanza, non si sarebbe addivenuti all'accettazione; il secondo qualora, in mancanza dei raggiri, l'accettazione sarebbe avvenuta in forma diversa. In questo caso, naturalmente, è previsto soltanto un diritto al risarcimento danni, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 1440 c.c.

Ciò nonostante, pare che l'inganno, nel caso in cui abbia condotto all'accettazione pura e semplice e non a quella con beneficio d'inventario (o viceversa), resti causa di impugnazione e non soltanto di risarcimento del danno<sup>101</sup>. Al contrario, secondo altra dottrina, peraltro molto autorevole, il dolo incidente è da considerarsi non configurabile, e ciò in virtù dell'impossibilità che l'accettazione presenti condizioni variabili<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> È però ritenuto rilevante l'errore ostativo. Sul tema si veda G. IACCARINO, *Successioni e donazioni*, I, Torino, Utet, 2017, p. 316.

<sup>99</sup> Secondo la prevalente dottrina la norma si applica sia all'accettazione espressa sia a quella tacita. Così G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in *Diritto delle successioni*, I, a cura di Roberto Calvo-Giovanni Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 293.

<sup>100</sup> Cfr., per tutti, L. FERRI, *Successioni in generale (sub artt. 456-511)*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1997<sup>3</sup>, p. 322. Così anche G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale sub artt. 456-535*, in *Comm. De Martino*, Novara, 1981, p. 243.

<sup>101</sup> Cfr. F. ZABBAN, in F. ZABBAN-A. PELLEGRINO-F. DELFINI, *Delle successioni. Artt. 456-809*, in *Commentario Ipsosa*, Milano, 1993, p. 68.

<sup>102</sup> A. BURDESE, in G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte Generale*, Torino, Utet, 1977, p. 296. Così anche C. CICERO, s.v. *Accettazione dell'eredità*, cit., p. 11, secondo cui "L'accettazione parziale dell'eredità non è configurabile (art. 475 c.c.), e l'osservazione impone in materia la drastica alternativa al comportamento del chiamato, il quale o accetta o rinunzia. Non rimarrebbe dunque lo spazio per un'accettazione dell'eredità a condizioni diverse da quelle volute dal chiamato, diversamente da quanto ovviamente accade per l'accettazione contrattuale. Né ha pregio l'argomentazione che individua, al fine di dare rilevanza al dolo incidente, l'accettazione "a

## 4.2. La rinuncia all'eredità<sup>103</sup>

La rinuncia all'eredità è negozio unilaterale e non recettizio, per mezzo del quale il chiamato dichiara di non voler procurarsi quanto sarebbe di sua spettanza.

Come per l'accettazione, l'errore non è causa di impugnabilità della rinuncia, per cui, come è disposto dall'art. 526 c.c., soltanto la violenza o il dolo sono presi in considerazione sotto questo profilo<sup>104</sup>.

In particolare, per quanto riguarda il dolo, si ritiene che i raggiri debbano essere tali da indurre in un errore determinante il consenso. Essendo la rinuncia all'eredità un atto unilaterale a destinatario indeterminato, non risulta rilevante il soggetto da cui provengono i raggiri<sup>105</sup>.

## 4.3. Il dolo nel testamento

È affermazione ricorrente in dottrina che gli artifici e raggiri posti in essere da un soggetto per indurre un altro a confezionare il testamento non debbano avere la stessa intensità esplicantesi nell'ambito dei contratti. Ciò per una ragione molto semplice, data dall'importanza conferita dalla legge al profilo volontaristico nell'atto di ultima volontà<sup>106</sup>. In questo senso, per meglio comprendere l'influsso che hanno avuto le male arti altrui sul processo formativo della volontà del testatore, è oltremodo necessario valutare anche alcune condizioni di quest'ultimo, quali la condizione sociale, il sesso, l'età, e, ovviamente, la sua sanità fisica e mentale<sup>107</sup>.

---

condizioni diverse" in quella beneficiata, poiché quest'ultima non è deteriore o sconveniente rispetto all'accettazione pura e semplice. Ne segue a mio avviso l'inapplicabilità in concreto del vizio di dolo incidentale".

<sup>103</sup> Sul tema in generale si rinvia a G. IACCARINO, *Successioni e donazioni*, cit., p. 341 ss.

<sup>104</sup> Anche in questo caso l'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto il dolo.

<sup>105</sup> Cfr. anche C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, Torino, Utet, 1971, p. 244.

<sup>106</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in Tratt. Rescigno, VI, Successioni, 2ª ed., Torino, Utet, 1997, p. 119. La giurisprudenza di legittimità non si discosta: cfr., *ex pluribus*, Cass, 20 marzo 2001, n. 8047, in *Giur. It.*, 2002, p. 730.

<sup>107</sup> Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1964 (rist. inalterata della 2ª ed.), p. 401.



In ossequio a quanto affermato nei paragrafi precedenti, nonché al principio per cui nell'analisi della volontà del testatore occorre passare al vaglio le singole disposizioni testamentarie, gli artifici e raggiri portano all'annullamento, appunto, della disposizione testamentaria sia quando vengano perpetrati dal soggetto che ne ha tratto vantaggio, sia quando vengano usati da un terzo<sup>108</sup>. In quest'ultima ipotesi, come affermato da autorevole dottrina<sup>109</sup>, non sussiste la necessità che il soggetto avvantaggiato dal dolo del terzo ne fosse a conoscenza<sup>110</sup>.

Per quanto concerne, invece, la differenza disciplinata nella materia contrattuale tra dolo determinante e dolo incidente, si riscontrano in dottrina due orientamenti differenti, entrambi autorevoli. Il primo non lascia adito a dubbi e nega recisamente tale differenziazione nella materia testamentaria<sup>111</sup>. Per il secondo, invece, tale distinzione sarebbe possibile, in quanto il testatore, nell'ipotesi di *dolus incidens* usato dal *deceptor*, è indotto a disporre in maniera diversa di come avrebbe disposto se i raggiri non vi fossero stati<sup>112</sup>. Tuttavia, per i promotori di questa tesi, sarebbe necessaria una ulteriore precisazione: ovvero, dovrebbe distinguersi a seconda che la diversità della disposizione sia tenue ovvero notevole. Di conseguenza, nella prima ipotesi la disposizione testamentaria sarebbe comunque valida, mentre soltanto nella seconda ipotesi sarebbe annullabile.

Secondo la giurisprudenza di legittimità – ed è da rilevare che l'orientamento risulta pressoché unanime – “in tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di dolo, per potere configurarne la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti che – avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle

---

<sup>108</sup> Si esclude, invece, che si possano configurare gli estremi del dolo nell'ipotesi in cui l'attività ingannatrice sia esercitata da un terzo nei confronti dei successibili, ma non direttamente sul testatore. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 119.

<sup>109</sup> Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 402.

<sup>110</sup> Per quanto concerne la menzogna, la dottrina più autorevole afferma con chiarezza che “Il solo mendacio non è di per sé causa di annullamento del testamento. Diviene rilevante solo se accompagnato da circostanze idonee a conferirgli aspetto di veridicità e porre la persona, contro la quale è diretto, in condizione di non poter agevolmente verificare il reale stato delle cose” (così G. BONILINI-M. CONFORTINI, *Codice delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 743).

<sup>111</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 120.

<sup>112</sup> Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 400.

condizioni di spirito dello stesso – siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni e orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata. La relativa prova, pur potendo essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l’attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore”<sup>113</sup>.

#### 4.4. La captazione testamentaria

Secondo la migliore dottrina la captazione consiste in “quel comportamento volto a isolare il testatore, impedendogli contatti con altre persone, ingerendosi nei suoi affari e controllando la sua corrispondenza; oppure nell’attività suggestiva tendente a screditare altri agli occhi del testatore stesso, allo scopo di evitare che il testatore possa beneficiare costoro con il proprio testamento”<sup>114</sup>.

Anche su questo aspetto, a dimostrazione della complessità della materia successoria e testamentaria, la dottrina non è concorde. Alcuni ritengono che dolo e captazione siano coincidenti<sup>115</sup>; altri, invece, li tengono nettamente distinti<sup>116</sup>.

Come noto, in ambito contrattuale la captazione non rileva, dato che la libertà e la spontaneità del volere, per quanto fondamentali, non ricoprono il rango assoluto come in ambito testamentario. Un tanto sembrerebbe chiarire il motivo per cui, come sostenuto da autorevole dottrina che fa conseguire nientemeno la nullità del testamento dall’avvenuta captazione<sup>117</sup>, quest’ultima importi una più incisiva tutela rispetto alle ipotesi di dolo (e violenza): “il comportamento illecito della captazione

---

<sup>113</sup> Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, in *Banca Dati Online Leggi d'Italia*. Conformi Cass., 28 maggio 2008, n. 14011, *ibid.*; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, *ibid.*

<sup>114</sup> Così G. BONILINI-M. CONFORTINI, *Codice delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 744.

<sup>115</sup> Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 398.

<sup>116</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 120.

<sup>117</sup> Secondo un certo orientamento dottrinale – facente capo a F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, Padova, Cedam, 1973, p. 462 ss. – la captazione produce la nullità del testamento qualora la volontà del testatore risulti compromessa nei requisiti di assoluta libertà e spontaneità, essenziali e rigorosamente chiesti per gli atti di ultima volontà. Ad ogni modo, il dolo e la captazione risulterebbe distinti.

agisce in modo latente sull'animo del testatore e lo dispone in modo tale che l'atto è la logica conseguenza dello stato d'animo creato nel disponente"<sup>118</sup>.

In giurisprudenza, tuttavia, primeggia l'idea che dolo e captazione non debbano essere distinti, e ciò probabilmente per le difficoltà evidenti che possono riscontrarsi nella pratica nell'ipotesi in cui si debba distinguere tra una condotta in sé e per sé dolosa ed un'altra soltanto captatoria, a cui sarebbero poi da ricondurre pure conseguenze differenti. La captazione, quindi, è per la Suprema Corte di Cassazione da considerarsi alla stessa maniera del dolo, con la conseguenza che la disposizione testamentaria che fosse il risultato di captazione dovrebbe essere annullabile. In particolare, per la giurisprudenza di legittimità, "la captazione, costituendo una forma di dolo, non si concreta in una qualsiasi influenza psicologica esercitata sul testatore attraverso blandizie, sollecitazioni e consigli ma consiste in veri e propri raggiri o altre manifestazioni fraudolente che, ingenerando una falsa rappresentazione della realtà, siano in grado di ingannare il testatore, la prova, pur potendo essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire la attività captatoria e la influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore che altrimenti si sarebbe indirizzata in modo diverso"<sup>119</sup>.

Pertanto, qualora taluno si dimostri troppo affettuoso – in modo effettivo o simulato – oppure troppo (ben) disposto a prestare cure o servizi non richiesti alla persona, o ancora solleciti in maniera insistente, non per questo si potrà affermare di essere di fronte ad una captazione, poiché tali atti, per essere rilevanti in tal senso, dovranno essere accompagnati da raggiri o inganni<sup>120</sup>. In questo senso, la giurisprudenza ha affermato che "non integra ipotesi di captazione o coartazione *ex* art. 624 c.c. il comportamento di un coniuge volto ad allontanare l'altro dalla famiglia e dall'ambiente sociale di origine e tale da inferire nel medesimo timore al punto da evidenziare uno stato di soggezione. Pertanto, il mero stato di soggezione

---

<sup>118</sup> G. BONILINI-M. CONFORTINI, *Codice delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 744.

<sup>119</sup> Cass., 22 aprile 2003, n. 6396, in *Banca Dati Online Leggi d'Italia*. Conformi Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, *ibid.*; Cass., 19 luglio 1999, n. 7689, *ibid.*

<sup>120</sup> C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 399.

e di timore sono di per sé insufficienti a provare una incidenza sulla volontà testamentaria del *de cuius*”<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Cass., 28 maggio 2008, n. 14011, in *Banca Dati Online Leggi d'Italia*.





# Capitolo III

## *La violenza*

SOMMARIO: 1. La violenza quale vizio del consenso nel Codice civile. 2. La violenza del terzo.

### **1. La violenza quale vizio del consenso nel Codice civile<sup>122</sup>**

La violenza, intesa nel senso di violenza morale o relativa, viene disciplinata nel Codice civile del 1942 dagli artt. che vanno dal 1434 al 1438, rubricati rispettivamente “Violenza”, “Caratteri della violenza”, “Violenza diretta contro terzi”, “Timore riverenziale” e “Minaccia di far valere un diritto”.

Essa si sostanzia in una minaccia<sup>123</sup> che può condurre all’annullamento del contratto. Ai sensi dell’art. 1435 c.c., “la violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni

---

<sup>122</sup> Per la dottrina civilistica si vedano: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 462 ss.; F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 16, 1962, p. 411 ss.; G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, cit., p. 127 ss.; L. CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull’art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, in *RDC*, 1971, I, p. 459 ss.; A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, cit., p. 941 ss.; G. D’AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, cit., p. 858 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 657 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La violenza*, cit., p. 235 ss.; C. CICERO, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2000, p. 3 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 332 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 773 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 127 ss.

<sup>123</sup> Così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La violenza*, cit., p. 235; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 657; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 773. Notevole la precisazione di A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, cit., p. 943, secondo il quale “la legge parla di violenza o di minaccia, e la considera come un vizio del volere; a ben guardare, minaccia è concetto che si riferisce a un soggetto, e volere viziato riguarda invece un altro soggetto. La minaccia di per sé viene considerata in questa sede solo in quanto causi uno stato di timore nel soggetto del negozio; e il timore può aver rilevanza solo in quanto sia causato dalla minaccia. Entrambi sono aspetti di un’unica figura, la violenza-vizio del volere”. Interessante anche il rilievo di F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, cit., p. 414 ss., il quale sostiene che non è necessario che “... la minaccia sia esplicita né tanto meno circostanziata... Si ha violenza perciò anche quando le minacce siano circospette e discrete, né è da escludere che esse si estrinsechino in una serie di atti che hanno luogo in tempi diversi e che fra la minaccia e la conclusione del contratto intercorra un lungo lasso di tempo”.

a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone”.

Se la minaccia (che, in questo caso, possiamo utilizzare quale sinonimo di violenza) è “di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata”, ciò sta a significare che essa deve necessariamente essere seria<sup>124</sup> oppure credibile agli occhi di una persona non facilmente impressionabile. Qui siamo di fronte a uno “*standard obiettivo*”<sup>125</sup> e “l’attitudine ad impressionare dipende dall’attendibilità della minaccia, dalla messa in scena, dalle possibilità che residuano alla vittima (o che appaiono residuare) di sottrarsi al male, e così via”<sup>126</sup>.

La norma precisa ulteriormente che la minaccia deve essere, sì, seria, ma il suo carattere di serietà deve essere valutato anche sulla base dell’età, del sesso<sup>127</sup> e della condizione delle persone<sup>128</sup>. Questi ultimi sono ritenuti “*criteri soggettivanti*” e, nello specifico, “un criterio ampio come la «condizione delle persone» apre orizzonti immensi alla soggettivazione del giudizio. Nondimeno questo non può essere completamente soggettivato, ma *deve conservare un asse di oggettività*, pena dissolvere il parametro della «persona sensata». E allora deve precisarsi che la

---

<sup>124</sup> Sulla non rilevanza della violenza putativa (ovvero della falsa rappresentazione che la parte ha nei confronti di una minaccia che, in realtà, risulta inesistente) si veda A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, cit., pp. 945-946, nt. 8, il quale ammette, sempre in maniera magistrale, che “... per invocarsi l’annullamento a titolo di violenza è necessario che violenza realmente sia esercitata con un mezzo idoneo. In qualche ipotesi potrà essere una sottile questione di specie quella di determinare se una violenza c’è stata o non c’è stata... o altrimenti potrà essere violenza del terzo, uguale negli effetti alla violenza di parte. Ma se la minaccia non appare direttamente, e in realtà non esisteva – nonostante la supposizione o la falsa credenza – manca intanto quella sovrapposizione di volontà che distingue la violenza dal fatto naturale, che produca uno stato di paura nel contraente. L’errore di riferimento corrisponde a un errore di percezione; nell’una e nell’altra ipotesi si potrebbe ammettere l’annullamento soltanto se si dovesse considerare unicamente la tutela di chi ha prestato il consenso in condizioni di menomata libertà. Noi sappiamo però che il timore di per sé non basta; così come in altro campo non varrebbe un errore sul valore, anche se il motivo fosse stato determinante”.

<sup>125</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 775.

<sup>126</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La violenza*, cit., p. 237.

<sup>127</sup> Tale formulazione normativa che riguarda il sesso delle persone risulta infelice nonché anacronistica, in quanto basata su un vecchio pregiudizio che reputava le donne più impressionabili rispetto agli uomini.

<sup>128</sup> Notevole, su questo punto, il rilievo di F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, cit., p. 419, secondo il quale, per quanto riguarda la condizione delle persone, “... dovrà quindi aversi riguardo non solo alle condizioni della vittima (al suo stato di salute, alla sua energia fisica e a tutti quegli altri elementi che potevano influire sulla sua attitudine a resistere alla minaccia), ma anche a quelle dell’autore della violenza (per esempio, ai suoi trascorsi penali, che potranno avvalorare la verosimiglianza della minaccia)”.



credibilità della minaccia portata al giovanissimo o al vecchio, all'analfabeta o al servo-pastore, alla donna o al superstizioso o al dissidente politico va misurata pur sempre sul parametro di un vecchio sensato e non insensato... e così via: senza cioè creare surrettiziamente, in relazione a questa o a quella condizione personale, una presunzione assoluta di credibilità della minaccia”<sup>129</sup>.

Il male prospettato (attraverso una minaccia seria o credibile) deve essere notevole. Ciò sta a significare che esso “... dev’essere di importanza apprezzabile in relazione all’economia dell’affare. La minaccia di un sacrificio di scarso rilievo raffrontato all’importanza del contratto esclude ancora una volta che essa possa determinare la volontà contrattuale di una persona mediamente sensata”<sup>130</sup>. Di conseguenza il male che viene minacciato dall’autore della violenza dovrà essere più grave rispetto a quello che ne deriverà alla vittima dalla conclusione del contratto, cosicché sia facilmente presumibile che essa acconsentirà al contratto piuttosto che trovarsi in una situazione di peggior entità.

Oltre che notevole, il male minacciato deve essere ingiusto. L’attributo non è di così semplice definizione. Infatti, secondo una prima ricostruzione, il male ingiusto non è altro che “... una lesione antigiuridica della persona o del patrimonio”<sup>131</sup>. Non prende invece spunto dall’aggettivo “antigiuridico” il Carresi, poiché sostiene che “la nozione di male ingiusto si ricava per esclusione da quella di male giusto, e per male giusto s’ intende quello che è lecito arrecare perché rientra nell’esercizio di una facoltà o di un diritto che la legge riconosce al soggetto... Fra le due ipotesi ora considerate (quella del male che è giusto perché rientra nell’esercizio di una facoltà, e quella del male che è giusto perché rientra nell’esercizio di un diritto) sembra a noi che intercorra una notevole differenza, che si riflette nel diverso loro trattamento: mentre infatti per rinunciare all’esercizio di una facoltà che la legge riconosce al soggetto può da costui imporsi all’altra parte, che ha interesse a che quella facoltà non venga esercitata, un qualsivoglia sacrificio... per la rinuncia ad avvalersi di un diritto non può richiedersi alla

---

<sup>129</sup> Le ultime espressioni tra virgolette sono di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 775-776.

<sup>130</sup> Così C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 659.

<sup>131</sup> *Ibid.* Alla stessa maniera F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 333.

controparte niente di più o di diverso di ciò che quella deve...”<sup>132</sup>. Ammette le gravi difficoltà che l’espressione “male ingiusto” comporta anche il Sacco, chiedendosi se sia “... tale soltanto un male arrecato con violazione del diritto... O rileva anche una ingiustizia extragiuridica, o addirittura, più largamente, la produzione di un qualsiasi danno...”<sup>133</sup>.

Alcuni di questi quesiti sono di difficile soluzione e dipendono fortemente dal caso concreto, su cui il giudice valuterà con la dovuta prudenza. È evidente, tuttavia, che non sempre il male minacciato risulta contrario al diritto. Se, ad esempio, Mevio vuole che la banca gli conceda un finanziamento al fine di comprarsi un nuovo computer, ma la banca glielo rifiuta perché non idoneo a risultare beneficiario di tale finanziamento, ed egli minaccia alla banca di trasferire il proprio conto presso un’altra banca della stessa città, qui si è di fronte ad una minaccia di un male che non è antigiuridico. Infatti, gli atti compiuti da Mevio non sono altro che provvedimenti che qualsiasi soggetto può adottare in rapporto alla sua libertà di contrattare con altri soggetti<sup>134</sup>.

Inoltre, la minaccia, per essere rilevante, non è necessario sia rivolta nei confronti della sola controparte del contratto; ma, *ex art.* 1436 c.c., comma 1, “la violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui.” Infatti, rispetto a tali persone, che sono i prossimi congiunti del contraente, si presume vi sia un forte legame affettivo. Il legislatore non si ferma qui e precisa, al comma 2 dell’art. 1436, che “se il male minacciato riguarda altre persone, l’annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice”<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, cit., pp. 422-423.

<sup>133</sup> R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti. Il consenso. La violenza*, cit., p. 239.

<sup>134</sup> Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 333-334. Secondo Cass., 24 gennaio 1980, n. 588, in *Foro it.*, 1982, I, 1, p. 2024, non è configurabile quale minaccia di un male ingiusto quella perpetrata dall’aspirante acquirente, avente ad oggetto l’esperibilità del procedimento di espropriazione per pubblica utilità, nel caso in cui l’alienante si rifiuti di addivenire alla vendita. Sul punto anche C. CICERO, *La violenza nel negozio giuridico*, cit., pp. 65-66.

<sup>135</sup> Notevoli i rilievi proposti su tale questione da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., pp. 659-660, e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 776. In giurisprudenza si ritiene comunemente che, per aversi applicazione dell’art. 1436, comma 2, c.c., il giudice, attraverso il proprio potere di

Non è invece causa di annullamento del contratto il c.d. timore riverenziale, di cui all'art. 1437 c.c. Il *metus reverentialis* si può definire come "... la soggezione psicologica che il soggetto ha verso altri per l'importanza della loro posizione nell'ambiente della famiglia, del lavoro o anche nell'ambiente sociale"<sup>136</sup>.

Da ultimo, il Codice civile, all'art. 1438, dispone che "la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti". Tale norma non era presente nel Codice del 1865, ma si ritiene comunemente che essa fosse comunque operante anche sotto la vigenza del primo Codice civile<sup>137</sup>. Con riferimento al vantaggio si può affermare che, *in primis*, esso risulta essere ingiusto quando non è dovuto oppure è "... abnorme e diverso rispetto a quello conseguibile attraverso l'esercizio del diritto medesimo"<sup>138</sup>; *in secundis*, è di notevole rilevanza, sempre ai fini dell'ingiustizia del vantaggio, "... l'iniquità delle condizioni contrattuali cui si viene sottoposti; cioè, se si vuol parlare in termini di libertà, la perdita della libertà di contrarre a condizioni eque o, se si preferisce, paritarie"<sup>139</sup>.

---

prudente valutazione delle circostanze, debba dare luogo all'accertamento dell'ingiustizia del male minacciato nei confronti del terzo; in mancanza, viene di conseguenza meno la possibilità per il magistrato di esercitare quel determinato potere di valutazione (Cass., 30 luglio 1963, n. 2176, in *RGC*, 1963, *Obbl. e contr.*, p. 482).

<sup>136</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., pp. 661-662. Allo stesso modo F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, cit., pp. 415-416; A. TRABUCCHI, s.v. *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, cit., p. 947; F. GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 335-336; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 782-783. In dottrina, tra le altre cose, il timore riverenziale viene anche definito come esempio classico di *metus ab intrinseco* (così G. D'AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, cit., p. 864 ss).

<sup>137</sup> Così L. CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull'art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, cit., p. 467; G. D'AMICO, s.v. *Violenza (diritto privato)*, cit., p. 870.

<sup>138</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., pp. 660-661.

<sup>139</sup> L. CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull'art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, cit., p. 472.

## 2. La violenza del terzo

Ai sensi art. 1434 la violenza è sempre “causa di annullamento del contratto, anche se esercitata da un terzo”, e ciò a prescindere dalla conoscenza che ha della minaccia l’altro contraente<sup>140</sup> (c.d. *‘rilevanza assoluta e incondizionata della violenza del terzo’*). Questa formulazione, a ben vedere, deriva dalla caratteristica *in rem scripta* dell’*intentio* dell’*actio quod metus causa*<sup>141</sup>. La soggezione all’*actio quod metus causa* anche di soggetti estranei all’esercizio della violenza è antenata diretta della possibilità di esperire l’azione di annullamento nei confronti del contraente ignaro della minaccia proveniente dal terzo<sup>142</sup>. La tradizione romanistica si esprime qui in tutta la sua forza. L’ampiezza della tutela prevista dal diritto romano contro la *vis* si è tramandata nel corso dei secoli sino ad arrivare, benché sotto diversi parametri, ai giorni nostri.

La disciplina in materia di violenza del terzo ai fini dell’annullamento del contratto viene, come si è già visto in precedenza, solitamente giustificata alla luce della particolare riprovevolezza sociale della violenza, dinanzi alla quale deve arrestarsi anche la tutela dell’affidamento dell’altro contraente<sup>143</sup>. A questo

---

<sup>140</sup> Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, n. 653: “La minaccia è causa di annullamento anche se proviene dal terzo (art. 1434), per quanto l’altro contraente sia stato in buona fede; non si è perciò soddisfatta l’aspirazione di chi avrebbe voluto che il contratto rimanesse valido nel caso di violenza del terzo non conosciuta dal contraente, com’è valido quando è stato determinato dal dolo del terzo se l’altro contraente non ne ebbe notizia (art. 1439, secondo comma). La diversa disciplina adottata circa gli effetti della violenza e del dolo proveniente da terzi, conforme alla tradizione e ai criteri accolti dalla maggior parte dei codici moderni, è sorretta da considerazioni di carattere sostanziale. La violenza agisce direttamente sulla libertà del volere, mentre il dolo opera sull’intelligenza che deve guidare il volere stesso. Come pressione diretta, la violenza influisce più gravemente e più irresistibilmente sul processo formativo della volontà; ed è quindi giusto dare, contro di essa, una protezione maggiore di quella che s’ida contro il dolo. Non viene tutelato l’affidamento che si era formato a causa dell’ignoranza dell’azione violenta del terzo, perché è eccessivo far prevalere le esigenze della buona fede di una parte, di fronte alla grave situazione antigiusdica creata dalla minaccia nell’altra parte che ne è stata vittima; questa situazione ha in sé una antigiusdicità senza dubbio maggiore di quella provocata dal dolo, il quale, in fondo, si risolve in un errore”.

Per quanto concerne la giurisprudenza sul punto, cfr. Cass., 8 ottobre 1954, n. 3464, in *GC*, 1954, 2302; Cass., 17 marzo 1954, n. 765, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – sezioni civili (=GCCC)*, 1954, II, 535.

<sup>141</sup> Sul punto, v. ampiamente *supra*, p. 110 ss.

<sup>142</sup> Cfr. F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, cit., p. 719 ss.

<sup>143</sup> Cfr. R. CAVALLIO BORGIA, *Commento agli artt. 1434-1440. La violenza*, cit., p. 342, secondo cui la disciplina di cui all’art. 1434 c.c. “...è posta con riferimento alla particolare

proposito, era stato però rilevato in dottrina che la violenza esercitata dal terzo, se non riconoscibile, sarebbe dovuta essere considerata irrilevante, in quanto lo stesso art. 1434 doveva essere coordinato con lo spirito generale del codice, volto alla protezione dell'affidamento contrattuale. Tuttavia, questa soluzione è stata poi abbandonata dallo stesso eminente autore che l'aveva in precedenza propugnata<sup>144</sup>.

---

riprovevolezza con la quale il legislatore guarda alla violenza, predisponendo in favore del contraente che ne è vittima una tutela più intensa di fronte alla quale si attenua anche la protezione dell'affidamento dell'altro contraente. La grave situazione di antigiuridicità creata dalla minaccia rende così possibile che non venga considerata rilevante, né la circostanza che la violenza sia imputabile alla parte che ne profitta od invece ad un terzo estraneo al rapporto contrattuale, né la conoscenza della violenza stessa da parte del contraente avvantaggiato dall'azione intimidatrice del terzo. Su questa lettura della regola dettata dall'art. 1434 è dato registrare una quasi assolutamente concorde opinione dottrinale anche sulla base di quanto in proposito affermato nella Relazione al codice, in cui, come noto, l'equiparazione della violenza del terzo a quella della controparte viene giustificata dalla maggior gravità della violenza rispetto al dolo”.

<sup>144</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 168.



# Conclusioni

Nel presente contributo si è cercato di dimostrare come la diversità di disciplina tra dolo e violenza si sia mantenuta per secoli, a partire dal diritto romano sino ad arrivare ai giorni nostri, passando altresì attraverso il canale fornito dalla Pandettistica tedesca, intriso di prospettiva volutaristica.

In particolare, a seguito dell'esegesi delle fonti giuridiche romane, per la maggior parte presenti nel Digesto, si sono coniate due diverse formule con riguardo al dolo e alla violenza rispettivamente del terzo: *'rilevanza relativa e condizionata del dolo del terzo'* e *'rilevanza assoluta e incondizionata della violenza del terzo'*.

Come si è visto, la soggezione all'*actio quod metus causa* anche di soggetti estranei all'esercizio della violenza rappresenta il corrispondente antico della odierna possibilità di esercitare l'azione di annullamento nei confronti del contraente ignaro della minaccia proveniente dal terzo.

La violenza del terzo, in quanto violenza, era contrassegnata da quel carattere di *'riprovevolezza sociale'*, che ancor oggi viene posto alla base della diversità di disciplina rispetto al dolo del terzo, anche nell'esperienza giuridica romana. A tale *'riprovevolezza sociale'* corrispondeva altresì la volontà di tutelare maggiormente la vittima di violenza.

Ed è così anche nel Codice civile italiano del 1942, nel quale la tutela dell'affidamento dell'altro contraente viene sacrificata rispetto all'integrità del consenso della vittima di violenza. Cosa che, al contrario, non accade nell'ambito del dolo, considerata la sua minore gravità.

Orbene, tanto per riprendere i vari argomenti che Giovan Battista Funaioli, nella monografia del 1927 dal titolo *La teoria della violenza nei rapporti giuridici*, adduceva quali presupposti della diversificazione di disciplina tra il dolo del terzo e la violenza del terzo, quello decisivo è rappresentato dalla tradizione storica, o

meglio, dalla tradizione romanistica, che, nonostante siano trascorsi millenni, è ancor oggi viva nel diritto vigente.





# Bibliografia

ALBANESE, BERNARDO, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo (=AUPA)*, 25, 1956, p. 123 ss. e 232 ss.

ALBANESE, BERNARDO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AUPA*, 28, 1961, pp. 173-315

ALBANESE, BERNARDO, «Iudicium publicum» e «ignominia» nel mandato, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 21, 1970, p. 10

ALBANESE, BERNARDO, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982

ALBANESE, BERNARDO, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo, Palumbo, 1991, pp. 333-347 (precedentemente in *Labeo*, 9, 1963, p. 42 ss.)

ALBERTARIO, EMILIO, *Note sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *BIDR*, 26, 1913, pp. 90-138 (ora in *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 369-408)

ALBERTARIO, EMILIO, *Responsabilità post annum e responsabilità degli eredi nell'interdictum unde vi*, in *Rendiconti Ist. Lombardo*, 46, 1913, p. 298 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 275-288)

ALBERTARIO, EMILIO, *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nell'actio tributoria e nell'actio de peculio*, in *Rendiconti Ist. Lombardo*, 46, 1913, p. 340 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 289-300)

ALBERTARIO, EMILIO, *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse invece delle azioni penali contro l'erede*, in *Rendiconti Ist. Lombardo*, 46, 1913, p. 449 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 301-320)

ANKUM, HANS, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle «alteri dari stipulari nemo potest»*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1970, p. 21 ss.

ANKUM, HANS, *Eine neue Interpretation von Ulpian Dig. 4.2.9.5-6 über die Abhilfen gegen 'metus'*, in *Festschrift für H. Hüber zum 70. Geburtstag*, Berlin – New York, 1984, p. 7, nt. 20

ANKUM, HANS, *recensione a E. Calore, Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 63, 2015, p. 193 ss.

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, Jovene, rist. 2012

ARMBRÜSTER, CHRISTIAN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, § 123, München, C.H. Beck, 2015<sup>7</sup>

ARNDTS, KARL LUDWIG, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, Cotta, 1883<sup>11</sup>

AZZARITI, FRANCESCO SAVERIO-MARTINEZ, GIOVANNI-AZZARITI, GIUSEPPE, *Successioni per causa di morte e donazione*, Padova, Cedam, 1973

BALZARINI, MARCO, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1969

BALZARINI, MARCO, voce *Violenza (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 46, 1993, pp. 830-843

BARCELLONA, PIETRO, voce *Errore (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, 15, 1966, pp. 246-280

BAYER, WALTER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995

BEHRENDTS, OKKO, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1 ss. (ora anche in O. BEHRENDTS, *Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze*, II, herausgegeben von M. Avenarius, R. Mayer-Pritzl und C. Möller, Wallstein, Göttingen, 2004, p. 839 ss.)

BELLOCCI, NICLA, *La struttura del negozio della fiducia dell'epoca repubblicana, I. Le nuncupationes*, Napoli, Jovene, 1979

BENÖHR, HANS-PETER, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, in *ZSS*, 87, 1970, p. 123 ss.

BESLER, GERHARD, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen, Mohr, 1910

BESELER, GERHARD, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, Mohr, 1913

BESELER, GERHARD, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, 45, 1925, p. 435

BESELER, GERHARD, *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 57, 1937, p. 18 ss.

BETTI, EMILIO, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* (=AG), 99 (1928), pp. 129-150; 100 (1928), pp. 26-66

BETTI, EMILIO, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, Cedam, 1935

BETTI, EMILIO, *Istituzioni di diritto romano*, I, Parte generale, Padova, Cedam, 1942<sup>2</sup>

BETTI, EMILIO, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, Utet, rist. 1960, 15, tomo secondo

BETTI, EMILIO, voce *Errore (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 660-665

BETTI, EMILIO, voce *Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 11, 1965, pp. 208-220

BIANCA, CESARE MASSIMO, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano, Giuffrè, 2000<sup>2</sup>

BIGLIAZZI GERI, LINA-BRECCIA, UMBERTO-BUSNELLI, FRANCESCO DONATO-NATOLI, UGO, *Diritto civile*. 1, parte seconda, *Fatti e atti giuridici*, Torino, Utet, 1987

BIGLIAZZI GERI, LINA, *Il testamento*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Successioni, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1997

BIONDI, BIONDO, *Studi sulle 'actiones arbitrariae' e l' 'arbitrium iudicis'*, Palermo, Reber, 1913

BIONDI, BIONDO, *Diritto ereditario romano. Parte generale (corso di lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1954

BIONDI, BIONDO, *Dolus causam dans e incidens*, in *Scritti giuridici*, 3, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 301-303 (precedentemente in *Dir. comm.*, 2, 1912, p. 13 ss.)

BIONDI, BIONDO, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano, Giuffrè, rist. inalterata 1972

BLANCH, JUAN MANUEL, *Nota a proposito de la «actio de dolo» y su caracter infamante*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, III, Madrid, 1988, p. 1151 ss.

BLANCH NOUGUÈS, JOSÈ MARIA, *Acerca de la responsabilidad penal de las civitates en derecho romano*, in F. D'IPPOLITO (cur.), *Philía. Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli, Satura, 2007, p. 255 ss.

BONFANTE, PIETRO, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, rist. corretta 1987

BONILINI, GIOVANNI-CONFORTINI, MASSIMO, *Codice delle successioni e delle donazioni*, Torino, Utet, 2014

BORK, REINHARD, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016<sup>4</sup>

BRASIELLO, UGO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 1957

BRINZ, ALOIS, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, Deichert, 1873<sup>2</sup>

BROGGINI, GERARDO, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, Böhlau, 1957

BRUTTI, MASSIMO, voce *Invalidità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 22, 1972, pp. 560-575

BRUTTI, MASSIMO, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1973

BRUTTI, MASSIMO, voce *Mediazione (storia)*, in *EdD*, 26, 1976, pp. 12-33

BRUTTI, MASSIMO, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Atti del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny (27-28 ottobre 1980)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, Giuffrè, 1980, p. 265 ss.

BRUTTI, MASSIMO, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2011<sup>2</sup>

BURDESE, ALBERTO, voce "Exceptio doli" (*diritto romano*), in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 1072-1074

BURDESE, ALBERTO, in G. Grosso-A. Burdese, *Le successioni. Parte Generale*, Torino, Utet, 1977, p. 296

BURDESE, ALBERTO, *Atti delle persone: i vizi dell'atto giuridico in diritto romano*, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma, Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, 1979, pp. 235-251

BURDESE, ALBERTO, *Interpretazione nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 10, 1993, pp. 1-13

BURDESE, ALBERTO, *In margine a D. 4.3.9.3*, in *SC*, 7, 1995, p. 27 ss.

BURDESE, ALBERTO, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 95

BURDESE, ALBERTO (cur.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, Cedam, 2006

BURDESE, ALBERTO, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, Utet, rist. 2012

CALORE, EMANUELA, *La caratteristica in rem scripta dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27, 2009, pp. 133-189

CALORE, EMANUELA, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011

CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, C.H. Beck, 1971

CANCELLI, FILIPPO, voce *Dissenso (profilo storico)*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, 1964, pp. 235-243

CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, Giappichelli, 1982

CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, parte prima, Torino, Giappichelli, 2003

CANNATA, CARLO AUGUSTO, 'Exceptio doli generalis' e diritti reali, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 237

CAPOGROSSI COLOGNESI, LUIGI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, Il Mulino, 2009

CAPPELLINI, PAOLO, *Systema iuris*, II, Milano, Giuffrè, 1985

CARCATERRA, ANTONIO, *Dolus bonus / dolus malus. Esegesi di D. 4. 3. 1. 2-3*, Napoli, Jovene, 1970

CARDILLI, RICCARDO, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec.a.C.-II sec.d.C.)*, Milano, Giuffrè, 1995

CARINGELLA, FRANCESCO–BUFFONI, LUCA, *Manuale di diritto civile*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2018<sup>9</sup>

CARRELLI, EDOARDO, *L' 'intercessio' della donna e la 'restitutio in integrum' del creditore*, in *SDHI*, 3, 1937, p. 305 ss.

CARRELLI, EDOARDO, *'Decretum' e 'sententia' nella 'restitutio in integrum'*, in *AUBA*, 1, 1938, p. 129 ss.

CARRELLI, EDOARDO, *Sul 'beneficium restitutionis'*, in *SDHI*, 4, 1938, p. 5 ss.

CARRESI, FRANCO, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 458

CARRESI, FRANCO, *La violenza nei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 16, 1962, pp. 411-432

CARRESI, FRANCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Milano, Giuffrè, 1987, 21, tomo primo

CASAVOLA, FRANCO, voce *Dolo (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 147-149

CASCIONE, COSIMO, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003

CASELLA, MARIO, voce *Negoziio giuridico (interpretazione)*, in *Enciclopedia del diritto*, 28, 1978, pp. 16-31

CASTELLO, CARLO, *Timor mortis vel cruciatus corporis*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 5° serie, 1 (dell'intera collezione, 121), 1939, pp. 145-165

CASTRESANA, AMELIA, *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 40, 2012, p. 734 ss.

CASTRONOVO, CARLO, *Vaga 'culpa in contrahendo': invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 4 ss. e 26 ss.

CAVALLO BORGIA, ROSSELLA, *Commento agli artt. 1434-1440*, in *Della simulazione, della nullità del contratto, della annullabilità del contratto*. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 432 ss.

CEPPI, FABRIZIO, *Il dolo nei contratti*, Padova, Cedam, 2001

CERAMI, PIETRO, «Ignorantia iuris», in *Seminarios complutentes de derecho romano*, 4, 1992, pp. 57-85

CERVENCA, GIULIANO, *Per la storia dell'editto 'Quod metus causa' (a proposito di D. 4, 2, 1, e 3)*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 31, 1965, pp. 312-318

CERVENCA, GIULIANO, *recensione a B. Kupisch, 'In integrum restitutio und vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, de Gruyter, 1974, in *Labeo*, 24, 1978, p. 213 ss.

CERVENCA, GIULIANO, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano, Giuffrè, rist. 1990

CHIAZZESE, LAURO, *Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958

CICERO, CRISTIANO, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2000

CICERO, CRISTIANO, voce *Accettazione dell'eredità*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile (Banca dati online Leggi d'Italia)*, 2013, p. 1 ss.

COING, HELMUT, *Die clausula doli im klassischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar, Böhlau, 1951, pp. 97-123

COLOMBO, CLAUDIO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1993, I, pp. 347-398

CORSARO, LUIGI, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull'art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, I, pp. 459-476

CORSARO, LUIGI, *Sulla "ratio" degli artt. 1447, 1448, 1438 e 428, 2° comma del codice civile*, Padova, Cedam, 1974

CORSARO, LUIGI, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, Perugia, Università di Perugia, 1979

CORSARO, LUIGI, *Raggiro, dolo colposo e annullabilità del contratto*, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, p. 31 ss.



CORSARO, LUIGI, voce *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 32, 1989, p. 1 ss.

CORSARO, LUIGI, voce *Rescissione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile (Banca dati online Leggi d'Italia)*, 1997, pp. 1-19

CRISCUOLI, GIOVANNI, *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, 26, 1957, pp. 5-172

CRISCUOLI, GIOVANNI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, I, pp. 127-191

CURSI, MARIA FLORIANA, *'Actio de dolo' e danno da falsa informazione del terzo*, in C. CASCIONE-C.M. DORIA (cur.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli, Ed. Scientifica, 2007, pp. 1229-1256

CURSI, MARIA FLORIANA, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, Jovene, 2008

CURSI, MARIA FLORIANA, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 16 ss.

CURSI, MARIA FLORIANA, *«Actio quod metus causa e le azioni 'mistÈ'», recensione a E. Calore, Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 43, 2015, p. 393 ss.

D'AMICO, GIOVANNI, voce *Violenza (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, 46, 1993, pp. 858-880

D'AMICO, GIOVANNI, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *RDC*, 2002, I, p. 37 ss.

D'IPPOLITO, FEDERICO, *Sulla data del '«actio de dolo»*, in *Labeo*, 41, 1995, pp. 247-250

D'IPPOLITO, FEDERICO, *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino, Giappichelli, 2000

D'ORS, ALVARO, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in *SDHI*, 46, 1980, p. 31 ss.

D'ORS, ALVARO, *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, in *Anuario de historia del derecho español (=AHDE)*, 51, 1981, p. 223 ss.

D'ORS, ALVARO, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 6, Napoli, 1984, p. 2575 ss.

DALLA MASSARA, TOMMASO, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova, Cedam, 2011, p. 617

DALLA MASSARA, TOMMASO, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente* è pubblicato anche in L. GAROFALO (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 313

DE FRANCISCI, PIETRO, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, Cogliati, 1912

DE FRANCISCI, PIETRO, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 1923, pp. 373-397

DI PAOLA, SANTI, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966

DILCHER, HERRMANN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, Berlin, Schweitzer Verlag, 1980<sup>12</sup>, § 130, p. 360 ss.

DONADIO, NUNZIA, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, Giuffrè, 2004

ERNST, WOLFGANG, *Irrtum. Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 1 ss.

FALK, ULRICH, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt, Klostermann, 1989

FARGNOLI, IOLE, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, Giuffrè, 2006

FASCIONE, LORENZO, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica Romana*, Milano, Giuffrè, 1983

FERCIA, RICCARDO, *Appunti su funzione e struttura formulare dell' 'actio de dolo'*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, I, Torino, Giappichelli, 2004, p. 421 ss.

FERCIA, RICCARDO, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, II, cit., p. 553 ss.

FERRI, GIOVANNI BATTISTA, voce *Parte del negozio giuridico*, in *EdD*, 31, 1981, pp. 901-916

FERRI, LUIGI, *Successioni in generale (sub artt. 456-511)*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1997<sup>3</sup>

FIGONE, ALBERTO, *La violenza (artt. 1434-1438)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2005, p. 17 ss.

FINAZZI, GIOVANNI, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 423 ss.

FIORI, ROBERTO, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 66

FIORI, ROBERTO, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, Jovene, 2011

FIORI, ROBERTO, *'ContraherE in Labeone*, in E. CHEVREAU-D. KREMER-A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (cur.), *Carmina iuris. Mèlanges en l'honneur de Michel Humbert*, De Boccard, Paris, 2012, p. 311 ss.

FLUME, WERNER, *recensione a J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, Böhlau, 1961, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit – The Legal History Review (=TR)*, 30, 1962, p. 363 ss.

FLUME, WERNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1979<sup>3</sup>

FRANCHINI, LORENZO, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (per una rilettura di Cicerone, De officiis, 3.14.58-60)*, in A. PALMA (cur.), *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, Giappichelli, 2013, p. 368 ss.

FUNAIOLI, GIOVANNI BATTISTA, *La teoria della violenza nei rapporti giuridici*, Roma, Athenaeum, 1927

FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, 1964, pp. 738-750

FURFARO, FEDERICA, «*Il più minuto, il più completo ed il più pratico di tutti i libri giuridici italiani*». *La versione italiana del Commentario alle Pandette di Christian Friedrich von Glück*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 84, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory, 2011, pp. 417-442

GALGANO, FRANCESCO, voce *Negoziio giuridico (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, 27, 1977, pp. 932-949

GALGANO, FRANCESCO, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2007

GALGANO, FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*<sup>3</sup>, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Milano-Padova, Wolters Kluwer, 2015

GALLO, FILIPPO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in A. TRISCIUOGGIO (cur.), *Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 83 ss.

GALLO, PAOLO, *I vizi del consenso*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 1. *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 2006<sup>2</sup>

GANDOLFI, GIUSEPPE, *Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1972, pp. 29-40

GANGI, CALOGERO, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1964 (rist. inalterata della 2<sup>a</sup> ed.)

GAROFALO, LUIGI (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, 4 voll., Padova, Cedam, 2003

GAROFALO, LUIGI (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006

GAROFALO, LUIGI (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2 voll., Padova, Cedam, 2007

GAROFALO, LUIGI (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, 2 voll., Padova, Cedam, 2011

GAROFALO, LUIGI (cur.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, Cedam, 2011

GAROFALO, LUIGI (cur.), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, Giappichelli, 2015

GEBHARD, ALBERT, *Allgemeiner Teil*, 2 voll., in W. Schubert (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, de Gruyter & Co., 1981.

GENTILI, AURELIO, voce *Dolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, 12, 1989, p. 1 ss.

GÉRARD, HENRI, *Du dol de ses effets dans la formation des contrats en droit romain et en droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883

GIAMPICCOLO, GIORGIO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, Giuffrè, 1959

GIANNATTASIO, CARLO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, Torino, Utet, 1971

GLÜCK, CHRISTIAN FRIEDRICH, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, IV, 1, Erlangen, Palm, 1796 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, II. Tradotto ed annotato da G. De Marinis con note aggiunte dei Professori C. Ferrini e F. Serafini, Milano, Vallardi, 1888)

GUARINO, ANTONIO, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in *Pagine di diritto romano*, 6, 1995, pp. 281-290 (precedentemente in *Labeo*, 8, 1962, p. 270 ss.)

GUARINO, ANTONIO, *Il diritto e i mistagoghi*, in *Pagine di diritto romano*, 5, 1994, pp. 3-30

GUARINO, ANTONIO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2001<sup>12</sup>

HAFERKAMP, HANS-PETER, *Georg Friedrich Puchta und die 'Begriffsjurisprudenz'*, Frankfurt, Klostermann, 2004

HAFERKAMP, HANS-PETER, *Karl Adolph von Vangerow (1808-1870). Pandektenrecht und 'Mumiencultus'*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (=ZEuP)*, 16, München, C.H. Beck, 2008, p. 813 ss.

HAFERKAMP, HANS-PETER, voce *Pandektenwissenschaft*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, 9, Stuttgart, Weimar, 2009, pp. 777-779

HAFERKAMP, HANS-PETER, *Georg Friedrich Puchta*, in M. ANDERHEIDEN U. A. (Hrsg.), *Enzyklopädie der Rechtsphilosophie* (online), 2011

HAFERKAMP, HANS-PETER, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 177 ss.

HARKE, JAN DIRK, *'Si error aliquis intervenerit'. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005

HARTKAMP, ARTHUR S., *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Amsterdam, Hakkert, 1971

HEINEMEYER, SUSANNE, *Der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld – Redemptio suis nummis*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013

HEISE, GEORG ARNOLD, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen*, Heidelberg, Mohr & Winter, 1834<sup>3</sup>

HELDRIICH, KARL, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, Weicher, 1924

HELLMANN, FRIEDRICH, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS, 23, 1902, p. 380 ss.

HELLMANN, FRIEDRICH, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, Beck, 1914

HIRATA, ALESSANDRO, *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831)*, in ZSS, 123, 2006, p. 330 ss.

HONORÈ, TONY, *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2002<sup>2</sup>

HUSCHKE, EDUARD, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in ZSS, 9, 1888, p. 354 ss.

IACCARINO, GIANCARLO, *Successioni e donazioni*, I, Torino, Utet, 2017

JAKOBS, HORST HEINRICH-SCHUBERT, WERNER (Hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil, I*, Berlin-New York, de Gruyter, 1985

JÖRS, PAUL, voce *Cassius* (60), in *Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft (=RE)*, 3.2., Stuttgart, 1899, p. 1736 ss.

KARLOWA, OTTO, *Römische Rechtsgeschichte, II. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig, Verlag Von Veit & Comp., 1901

KASER, MAX, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in ZSS, 73, 1956, p. 220 ss.

KASER, MAX, *recensione a J.M. Kelly, Roman Litigation*, Oxford, Claredon Press, 1966, in ZSS, 84, 1967, p. 512, nt. 12

KASER, MAX, *Das römische Privatrecht, I<sup>2</sup>, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, C.H. Beck, 1971

KASER, MAX, *Zur Interessenbestimmung bei den sogenannten unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in H. HÜBNER-E. KLINGMÜLLER-A. WACKE (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, Peter Hanstein Verlag, 1975, p. 75 ss. (ora anche in M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, Böhlau, 1986, p. 197 ss.)

KASER, MAX, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen metus und dolus*, in ZSS, 94, 1977, p. 101 ss.

KELLY, JOHN M., *Roman Litigation*, Oxford, Claredon Press, 1966

KLEIN, FRIEDRICH, *Bernhard Windscheid (26.6.1817-26.10.1892). Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014

KLEMMANN, BERND, *Sieben kleine Beiträge für eine Windscheid-Biographie*, in H. MOHNHAUPT (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen*, Frankfurt, Klostermann, 1991, p. 211 ss.

KNÜTEL, ROLF, *Dolus tutoris pupillo non nocet*, in H.P. BENÖHR-K. HACKL-R. KNÜTEL-A. WACKE (Hrsg.), *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, Böhlau, 1986, p. 101 ss.

KNÜTEL, ROLF, *recensione a L. Ter Beek, Dolus. Een semantisch-juridische studie*, 2 voll., Nijmegen, Gerard Noodt Inst., 1999, in ZSS, 199, 2002, pp. 651-653

KUPISCH, BERTHOLD, *'In integrum restitutio und vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, de Gruyter, 1974

KUPISCH, BERTHOLD, *'Actio famosa'. Zur Subsidiarität der 'actio de dolo' bei 'dolus' im Prozess*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg, Müller, 1993, p. 1187 ss.

KUPISCH, BERTHOLD, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo (Dig.4,2,1). Restitution des biens à la suite des persècutions subies par un groupe dans l'antiquité romaine et à l'époque actuelle*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 463 ss.

KUPISCH, BERTHOLD, *Römische Sachmängelhaftung. Ein Beispiel für die 'Ökonomische Analyse des Rechts'?*, in *TR*, 70, 2002, p. 28

KUPISCH, BERTHOLD, *Überlegungen zum Metusrecht: Die actio quod metus causa des klassischen römischen Rechts*, in P. PICHONNAZ-N.P. VOGT-S. WOLF (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern, Stämpfli, 2007, p. 424 ss. = *Considerazioni in materia di metus: l'actio quod metus causa*, in L. VACCA (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova, Cedam, 2008, p. 139 ss.

KUPISZEWSKI, HENRYK, «Ignorantia iuris nocet», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, 1984, pp. 1357-1364

LABRUNA, LUIGI, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, Jovene, 1971

LAMBRINI, PAOLA, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in EAD., *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, Jovene, 2013, p. 41 ss.

LANDAU, PETER, voce *Georg Friedrich Puchta*, in *NDB*, 20, 2001, pp. 757-759

LANDSBERG, ERNST, voce *Carl von Savigny*, in *ADB*, 30, 1890, p. 425 ss.

LANDSBERG, ERNST, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III.1 (Noten), München-Leipzig, Oldenbourg, 1898

LANDSBERG, ERNST, voce *Bernhard Windscheid*, in *ADB*, 43, cit., 1898, pp. 423-425

LANDSBERG, ERNST, voce *Ludwig Arndts von Arnesberg*, in *ADB*, 46, 1902, pp. 41-45

LARENZ, KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1969

LAURIA, MARIO, *L'errore nei negozi giuridici*, in *Rivista di diritto civile*, 19, 1927, pp. 313-382

LAURIA, MARIO, *'Iurisdictio'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, Treves, 1930, p. 479 ss.

LEE, ROBERT WARDEN, *The elements of roman law, with a translation of the Institutes of Justinian*, London, Sweet & Maxwell, rist. 1986

LENEL, OTTO, *Palingenesia iuris civilis*, 2 voll., Lipsiae 1889 [rist. Roma 2000]



LENEL, OTTO, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927<sup>3</sup>

LEVY, ERNST, *Zur Lehre von den sog. 'actiones arbitrariae'*, in ZSS, 36, 1915, p. 1 ss.

LEVY, ERNST, *Zur nachklassischen 'in integrum restitutio'*, in ZSS, 68, 1951, p. 410 ss.

LITTEN, FRITZ, *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, in *Festgabe K. Güterbock*, Berlin, Vahlen, 1910, p. 264 ss.

LONGO, CARLO, *Note critiche in tema di violenza morale*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 42, 1934, pp. 68-128

LONGO, GIANNETTO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, Cedam, 1937

LONGO, GIANNETTO, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 765-796 (precedentemente in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, 3, 1965, p. 460 ss.)

LONGO, GIANNETTO, *recensione a M. Brutti, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1973, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 24, 1973, I, pp. 291-292

LOSANO, MARIO G., *Sistema e struttura nel diritto. I: Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, Giuffrè, 2002

LUCARELLI, FRANCESCO, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964

LURASCHI, GIORGIO – NEGRI, GIOVANNI (cur.), *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna* (Saggi di Pietro De Francisci e di Emilio Betti, con appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi), Como, New Press, 1997<sup>2</sup>

LUZZATTO, GIUSEPPE IGNAZIO, voce *Dolo (diritto romano) – a) Civile*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, 1964, pp. 712-716

MACCORMACK, GEOFFREY, 'Dolus' in *Republican Law*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 88, 1985, pp. 1-38

MACCORMACK, GEOFFREY, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 52, 1986, pp. 236-285

- MACCORMACK, GEOFFREY, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus)*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 96-97, 1993-1994, pp. 83-146
- MAIER, GEORG HEINRICH, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, de Gruyter, 1932
- MANTOVANI, DARIO, *Le formule del processo privato romano*, Padova, Cedam, 1999<sup>2</sup>
- MANTOVANI, MANUELA, «*Vizi incompleti*» *del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli, 1995
- MARANI, FRANCESCO, *Il dolo del terzo in alcune particolari categorie di atti unilaterali*, in *RDC*, 1966, I, p. 58 ss.
- MARRONE, MATTEO, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR*, 100, 1997, p. 37 ss.
- MARTENS, SEBASTIAN, *Wer ist "Dritter"? Zur Abgrenzung der §§ 123 I und II 1 BGB*, in *Juristische Schulung (=JuS)*, 10, 2005, p. 887 ss.
- MARTENS, SEBASTIAN, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007
- MASCHI, CARLO ALBERTO, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano, Giuffrè, 1966<sup>2</sup>
- MASI, ANTONIO, *Il negozio 'utilÈ o 'inutilÈ in diritto romano*, in *RISG*, 93, 1959-1962, p. 21 ss.
- MAYER-MALY, THEO, «*Collusio*» *im Zivilproceß*, in *ZSS*, 71, 1954, p. 242 ss.
- MAZZACANE, ALDO, voce *Infamia (dir. rom. e interm.)*, in *EdD*, 21, 1971, p. 384.
- MAZZACANE, ALDO, voce *Pandettistica*, in *EdD*, 31, 1981, p. 592 ss.
- MECKE, CHRISTOPH-ERIC, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen, V&R unipress, 2009
- MEDICUS, DIETER, *Allgemeiner Teil des BGB*, Müller, 2010<sup>10</sup>
- MENGONI, LUIGI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 ss.

MERUZZI, GIOVANNI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2005

MESSINEO, FRANCESCO, voce *Dissenso (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, 1964, pp. 244-279

METRO, ANTONINO, *La denegatio actionis*, Milano, Giuffrè, 1972

MIGLIETTA, MASSIMO, «Servius respondit». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana (Prolegomena I)*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2010

MIGLIETTA, MASSIMO, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 25, 2012, pp. 187-243

MINNECI, UGO, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, I, pp. 373-400

MIRABELLI, GIUSEPPE, *Dei contratti in generale*<sup>3</sup>, in *Comm. cod. civ.* Mirabelli, Torino, Utet, 1980

MITTEIS, LUDWIG, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908

MOLNÁR, IMRE, *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, p. 576

MUGDAN, BENNO, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I. *Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Aalen, Scientia Verlag, rist. 1979 (edizione originale pubblicata a Berlino nel 1899)

NÖRR, DIETER, voce *Friedrich Carl v. Savigny*, in *Neue Deutsche Biographie (=NDB)*, 22, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 470-473

NÖRR, DIETER, 'Exceptio doli' und 'clausula doli', in L. GAROFALO (cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, p. 363 ss.

ORESTANO, RICCARDO, voce «*Furio Antiano*», in *NNDI*, 7, 1961, p. 687

ORESTANO, RICCARDO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987

ORRÙ, GIOVANNI, voce *Pandettistica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, 13, Torino, Utet, 1993, pp. 250-253

PARRELLA, ALBERTO, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *TEm.*, II, 1930, pp. 241-270

PASSERIN D'ENTRÈVES, ALESSANDRO, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, Gayet, 1934

PELLIZZI, GIOVANNI LUIGI, voce "Exceptio doli" (*diritto civile*), in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 1074-1080

PERLINGIERI, GIOVANNI, *L'acquisto dell'eredità*, in *Diritto delle successioni*, I, a cura di Roberto Calvo-Giovanni Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008

PERNICE, ALFRED, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1, Halle, Max Niemeyer, 1895<sup>2</sup>

PEROZZI, SILVIO, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, Athenaeum, 1928<sup>2</sup>

PIETROBON, VITTORINO, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, Cedam 1963

PIETROBON, VITTORINO, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990

PRESTIPINO, GIOVANNI, *Delle successioni in generale sub artt. 456-535*, in *Comm. De Martino*, Novara, 1981

PROBST, THOMAS, *Deception*, in E.A. KRAMER-T. PROBST, *Defects in the contracting process*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Chap. 11, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 254 ss.

PROCCHI, FEDERICO, 'Dolus' e 'culpa in contrahendo' *nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, Cedam, 2007, p. 205 ss.

PUCHTA, GEORG FRIEDRICH, *Pandekten*, Leipzig, Barth, 1877<sup>12</sup>

PUGLIESE, GIOVANNI, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova, Cedam, 1938

PUGLIESE, GIOVANNI, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), 1, Firenze, Olschki, 1977, p. 29 ss.

PUGLIESE, GIOVANNI-SITZIA, FRANCESCO-VACCA, LETIZIA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012

PULITANÒ, FRANCESCA, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, II, cit., p. 713 ss.

QUADRATO, RENATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, Jovene, 1983

RAGGI, LUIGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano, Giuffrè, 1965

RANIERI, FILIPPO, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto delle Discipline Privativistiche. Sezione Civile*, 7, 1991, pp. 311-331

REDUZZI MEROLA, FRANCESCA, *'Servo parerÈ. Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, Jovene, 1990

RODGER, ALAN, *Excerpting and Editing the Edictal Commentaries on the Actio Doli*, in E. CHEVREAU-D. KREMER-A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (cur.), *Carmina iuris. Mèlanges en l'honneur de Michel Humbert*, De Boccard, Paris, 2012, p. 733 ss.

ROPPO, VINCENZO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011<sup>2</sup>

ROSSETTI, GIULIETTA, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzionÈ delle azioni penali private*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 342 ss.

ROSSETTI, GIULIETTA, *Interdipendenza delle obbligazioni e risoluzione della emptio venditio*, in L. GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, Cedam, 2007, p. 32 ss.

ROSSETTI, GIULIETTA, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova, Cedam, 2011, p. 586.

RÜCKERT, JOACHIM, *Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz „als solche“ im liberalen Rechtsstaat (1817–1892)*, in *Juristische Schulung (=JuS)*, 32, C.H. Beck, München und Frankfurt, 1992, pp. 902-908

SACCO, RODOLFO – DE NOVA, GIORGIO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Torino, Utet, 2002<sup>3</sup>, 10, tomo secondo

- SACCO, RODOLFO, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, Torino, Utet, 2016<sup>4</sup>
- SANFILIPPO, CESARE, *Il metus nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1934
- SANFILIPPO, CESARE, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di Alessandro Corbino e Antonino Metro, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002<sup>10</sup>
- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1983<sup>9</sup> (rist.)
- SANTUCCI, GIANNI, *Verba edicti e definitiones: Labeone e Pedio nel commento ulpiano de pactis*, in *AUPA*, 59, 2016, pp. 101-110
- SARGENTI, MANLIO, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *BIDR*, 69, 1966, p. 193 ss.
- SCAPINI, NEVIO, voce *Violenza (vizio della volontà) (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 20, 1975, pp. 939-941
- SCEVOLA, ROBERTO, *La collusio nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in *SC*, 27, 2014, p. 237 ss.
- SCHERMAIER, MARTIN JOSEF, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtum von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2000
- SCHERMAIER, MARTIN JOSEF, *Von Hochstaplern, schlechten Schuldern und vermeintlichen Jungfrauen. Historisches und Vergleichendes zum error in persona*, in M. SCHERMAIER-J.M. RAINER-L.C. WINKEL (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2002
- SCHERMAIER, MARTIN JOSEF, *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 2007, p. 185 ss.
- SCHERMAUL, SEBASTIAN, *Georg Friedrich Puchta. Leben und Werk*, München, GRIN Verlag, 2009
- SCHIAVONE, ALDO, voce *Negozio giuridico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 27, 1977, pp. 906-921
- SCHMID, BRUNO, voce *Friedrich Ludwig Keller*, in *Historisches Lexikon der Schweiz* (online), 30, 2007
- SCHNEIDER, KARL ALBERT, *Die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts: eine civilistische Abhandlung*, Rostock, Oeberg, 1834

SCHULZ, FRITZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, in ZSS, 43, 1922, p. 249

SCHULZ, FRITZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, in Labeo, 10, 1964, p. 50 ss. e p. 234 ss. (edizione corretta e riveduta dell'opera apparsa nel 1906 ad Halle per i tipi dell'editore Max Niemeyer)

SCHULZ, FRITZ, *Classical roman law*, Aalen, Scientia Verlag, rist. 1992

SCIALOJA, VITTORIO, *Sulla L. I § 2 Dig. De dolo malo*, 4, 3, in *Studi giuridici (Diritto romano)*, II, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934, p. 217 (precedentemente in *Rend. Acc. Lincei*, 1903, p. 293)

SCIALOJA, VITTORIO, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893. Raccolto dai dottori Mappai e Nannini*, Roma, Foro Italiano, rist. 1950

SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Napoli, Jovene, rist. 2008

SCOGNAMIGLIO, CLAUDIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.

SEUFFERT, JOHANN ADAM, *Praktisches Pandektenrecht*, II, Würzburg, Stahel, 1867<sup>4</sup>

SIBER, HEINRICH, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, Verlag Hermann Sack, 1928

SINGER, REINHARD-VON FINCKENSTEIN, B., in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, Allgemeiner Teil, § 123, Berlin, Sellier-de Gruyter, Bearbeitung 2004

SOLARI, GIOELE, *Filosofia del diritto privato. II: Storicismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1940

SOLAZZI, SIRO, *Studi sull' 'actio de peculio'*, II, in *BIDR*, 18, 1906, p. 229 ss.

SOLIDORO MARUOTTI, LAURA, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, Satura, 2007

SPENGLER, HANS-DIETER, voce *Glück, Christian Friedrich von*, in *Erlanger Stadtlexikon*, Nürnberg, Tümmels, 2002, p. 316 ss.

STAMMLER, RUDOLF – KIPP, THEODOR (Hrsg.), *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubiläum: zwei Abhandlungen*, Halle, Niemeyer, 1888

STEIN, PETER, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, Oliver and Boyd, 1958

STOLFI, EMANUELE, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, I. Trasmissione e fonti*, Napoli, Jovene, 2002

STOLFI, EMANUELE, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio, II. Contesti e pensiero*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 2002

STOLFI, EMANUELE, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in L. VACCA (cur.), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC (Roma 22-23 febbraio 2013)*, Napoli, Jovene, 2014, p. 1 ss.

STOLFI, EMANUELE, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in AUPA, 59, 2016, p. 111 ss.

STOLL, ADOLF, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin, Heymann, 1. *Der junge Savigny* (1927); 2. *Professorenjahre in Berlin* (1929); 3. *Ministerzeit und letzte Lebensjahre* (1939)

TALAMANCA, MARIO, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *EdD*, 29, 1979, p. 1 ss.

TALAMANCA, MARIO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990

TALAMANCA, MARIO, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *EdD*, 46, 1993, p. 325

TALAMANCA, MARIO, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4. 3. 9. 3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 199 ss.

TALAMANCA, MARIO, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, p. 4 ss.

TALAMANCA, MARIO, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, Cedam, 2003, p. 1 ss.

TALAMANCA, MARIO, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in L. VACCA (cur.), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nel diritto romano. Seminario Aristec per Berthold Kupisch*, Roma 20-22 giugno 2002, Torino, Giappichelli, 2006, p. 7, nt. 18



TER BEEK, LEON, *Dolus. Een semantisch-juridische studie*, 2 voll., Nijmegen, Gerard Noodt Inst., 1999

THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS, *System des Pandekten-Rechts*, I, Jena, Mauke, 1805<sup>2</sup>

TONDO, SALVATORE, voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 8, 1962, pp. 994-1003

TORRENT RUIZ, ARMANDO, *Los contratos a favor de terceros. Del derecho romano a los Principles, Definitions and Model Rules of the European Private Law*, Madrid, Edisofer, 2015

TORRENTE, ANDREA, voce *Eccezione di dolo*, in *Enciclopedia del diritto*, 14, 1965, pp. 219-222

TORRENTE, ANDREA – SCHLESINGER, PIERO, *Manuale di diritto privato*, a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, Giuffrè, 2007<sup>18</sup>

TRABUCCHI, ALBERTO, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937 (rist. inalterata, Camerino, 1978)

TRABUCCHI, ALBERTO, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 149-155

TRABUCCHI, ALBERTO, voce *Errore (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1960, pp. 665-672

TRABUCCHI, ALBERTO, voce *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 20, 1975, pp. 941-953

TRABUCCHI, ALBERTO, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di Giuseppe Trabucchi, Padova, Cedam, 2012<sup>45</sup>

TRIGGIANO, ANNALISA, «Conlega et familiaris meus»: *note minime su Cicerone e Aquilio Gallo*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 38, 2010, p. 382 ss.

VACCA, LETIZIA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin-New York, de Gruyter, 1982, p. 702 ss. (ora presente anche in EAD., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese-S. Galeotti-G. Guida-G. Rossetti, Napoli, Jovene, 2015, p. 215 ss.)

VACCA, LETIZIA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 45, 1994, p. 67 ss.

- VACCA, LETIZIA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, Cedam, 2006
- VACCA, LETIZIA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012<sup>2</sup>
- VALENTE, ANTONELLA, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 166
- VAN OVEN, JULIUS CHRISTIAAN, *D. 4. 3. 7. pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 273 ss.
- VENTURINI, CARLO, «Metus», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Ed. Centro de Est. Ramón Areces, 1994, p. 921 ss.
- VIARO, SILVIA, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in L. GAROFALO (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, cit., p. 647 ss.
- VIARO, SILVIA, *L'«arbitratus de restituendo» nelle formule del processo privato romano*, Napoli, Jovene, 2012
- VISINTINI, GIOVANNA, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972
- VITA, ALBERTO, voce *Dolo (diritto romano e diritto moderno)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 5, 1938, pp. 141-149
- VOCI, PASQUALE, *L'errore nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1937
- VOCI, PASQUALE, voce *Errore (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 15, 1966, pp. 229-235
- VOCI, PASQUALE, *Diritto ereditario romano*, I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1967<sup>2</sup>
- VOCI, PASQUALE, *Manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1984<sup>2</sup>
- VOCI, PASQUALE, *Interpretazione del negozio giuridico*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, Cedam, 1985, pp. 569-622 (precedentemente in *Enciclopedia del diritto*, 22, 1972, p. 252 ss.)

VOCI, PASQUALE, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 1 ss. (ora anche in ID., *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, Jovene, 2017, p. 193 ss.)

VOCI, PASQUALE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2004<sup>6</sup>

VOLTERRA, EDOARDO, *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, 38, 1930, p. 121 ss.

VOLTERRA, EDOARDO, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza, rist. 1987

VON EISENHART, JOHANN AUGUST RITTER, voce *Georg Puchta*, in *ADB*, 26, 1888, pp. 685–687

VON HEIGEL, KARL THEODOR, voce *Johann Adam von Seuffert*, in *ADB*, 34, 1892, pp. 58-64

VON KELLER, FRIEDRICH LUDWIG, *Pandekten*, Leipzig, Lauchnitz, 1867<sup>2</sup>

VON LISZT, FRANZ, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, Guttentag, 1889

VON LÜBTOW, ULRICH, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»*, Bamberg, Greifswald, 1932

VON LÜBTOW, ULRICH, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, II, Milano, Giuffrè, 1954, p. 469 ss.

VON LÜBTOW, ULRICH, *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung*, in W. HARMS-D. HECKELMANN-R. KNÖPFLE-A. TEICHMANN (Hrsg.), *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht. Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 249 ss.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH KARL, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlin, Veit, 1840 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, 8 voll., a cura di V. Scialoja, Torino, Utet, 1891)

VON STINTZING, JOHANN AUGUST RODERICH, voce *Christian Friedrich Glück*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (=ADB), 9, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879, p. 253 ss.

VON TUHR, ANDREAS, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1914

VON VANGEROW, KARL ADOLPH, *Lehrbuch der Pandekten*, I-III, Marburg u. Leipzig, Elwert, 1869<sup>7</sup>

WACKE, ANDREAS, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in ZSS, 88, 1971, p. 111 ss.

WACKE, ANDREAS, *'Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS, 94, 1977, p. 237 ss.

WACKE, ANDREAS, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 28, 1977, pp. 10-39 (versione tedesca *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in *Revue internationale des droits des l'antiquité(=RIDA)*, 27, 1980, p. 349 ss.

WACKE, ANDREAS, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum. Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 42, 1991, p. 65

WALDSTEIN, WOLFGANG, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung (=ANRW)*, II, 15, Berlin-New York, 1976, pp. 93-94

WATSON, ALAN, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS, 78, 1961, p. 440

WATSON, ALAN, *Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'Histoire du Droit – The Legal History Review (=TR)*, 31, 1963, p. 83 ss.

WESENBERG, GERHARD, *Verträge zugunsten Dritter: Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar, Böhlau, 1949

WESENBERG, GERHARD, voce *Ludwig Arndts von Arnesberg*, in *NDB*, 1, 1953, p. 363 ss.

WESENER, GUNTER, *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803–1878)*, in T. OLECHOWSKI-C. NESCHWARA-A. LENGAUER (Hrsg.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2010, p. 577 ss.

WIEACKER, FRANZ, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1959

WIEACKER, FRANZ, *Zur Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (=ZSS), 80, 1963, p. 36

WIEACKER, FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967<sup>2</sup>

WINDEL, PETER A., *Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs. 2 BGB?*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (=AcP), 199, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 425 ss.

WINDSCHEID, BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, edizione pubblicata dopo la morte dell'Autore da T. Kipp, con annotazioni relative agli articoli del BGB, 3 voll., Frankfurt, Rütten & Loening, 1906<sup>9</sup> (trad. it. *Diritto delle Pandette. Con note e riferimenti al diritto civile italiano*, 5 voll., a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, Utet, 1930)

WOLF, ERIK, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1963<sup>4</sup>

WOLF, JOSEPH GEORG, *Error im römsichen Vertragsrecht*, Köln-Graz, Böhlau, 1961

WOLF, JOSEPH GEORG, *Das Stigma ignominia*, in ZSS, 126, 2009, p. 55 ss. = *Lo stigma dell'ignominia*, in A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, IUSS Press, 2010

WOLLSCHLÄGER, CHRISTIAN, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in O. BEHREND-S. DIESSELHORST-W. ECKART VOSS (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, Gremer 1985, p. 68

ZABBAN, FILIPPO, in F. Zabban-A. Pellegrino-F. Delfini, *Delle successioni. Artt. 456-809*, in *Commentario Ipsa*, Milano, 1993

ZANDRINO, LUCIA, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie*, Napoli, Jovene, 2010

ZANI, GINO, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in RISG, n. s., 2, Roma, Sampaolesi, 1927, p. 491 ss.

ZELGER, ULRICH, voce *Johann Adam Seuffert*, in NDB, 24, 2010, p. 279 ss.

ZILLETI, UGO, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1961

ZIMMERMANN, REINHARD, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1996

ZITELMANN, ERNST, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Studien, Kritiken, Vorschläge*, 2, Berlin, Guttentag, 1890

ZOZ, MARIA GABRIELLA, '*Restitutio in integrum*' e manomissioni coatte, in *SDHI*, 39, 1973, p. 125 ss.



# Indice delle fonti

<b>Fonti giuridiche</b>		9, 23, 5	p. 24, nt. 69
<i>Pregiustinianee</i>		Digesta	
Codex Theodosianus		2, 14, 7, 9 4, 2, 1 4, 2, 9, 1 4, 2, 14, 2 4, 2, 14, 3 4, 2, 16, 2 4, 3, 1 pr. 4, 3, 1, 2 4, 3, 1, 3 4, 3, 1, 4 4, 3, 1, 5 4, 3, 1, 6 4, 3, 1, 8 4, 3, 2 4, 3, 3 4, 3, 4 4, 3, 5 4, 3, 6 4, 3, 7 pr. 4, 3, 7, 3 4, 3, 7, 7 4, 3, 7, 8 4, 3, 7, 9 4, 3, 7, 10 4, 3, 8 4, 3, 9, 1 4, 3, 9, 3 4, 3, 15, 3 4, 3, 17, 1 4, 3, 26 4, 3, 27 4, 3, 28 4, 3, 29 4, 3, 40 4, 4, 11 pr. 4, 4, 16, 4 17, 1, 8, 1 19, 1, 11, 5 19, 2, 22, 3 40, 4, 29 44, 4, 2, 1 44, 4, 2, 3-5 44, 4, 4, 33	p. 52 p. 34 p. 113 p. 41 p. 127 p. 42 p. 113 p. 47, nt. 134 p. 56 p. 80 p. 81 p. 81 p. 84 p. 84 p. 84 p. 84 p. 85 p. 142 p. 91 p. 93 p. 89 p. 87 p. 135 p. 138 p. 168 p. 93 p. 110 p. 76 p. 76 p. 76 p. 76 p. 77 p. 169 p. 146 p. 58 p. 87 p. 70 p. 58 p. 155 p. 133 p. 98 p. 130
2, 16, 3	p. 23, nt. 66		
Gai Institutiones			
2, 195	p. 16, nt. 41		
3, 141	p. 16, nt. 41		
4, 182	p. 119, nt. 316		
Pauli Sententiae			
1, 7, 2	p. 43, nt. 124		
Tituli ex corpore Ulpiani			
24, 19	p. 12, nt. 28		
Vaticana Fragmenta			
260	p. 16, nt. 41		
<i>Giustinianee</i>			
Codex Iustinianus			
1, 18, 1	p. 24, nt. 69		
1, 18, 6	p. 21, nt. 57		
1, 18, 13	p. 23, nt. 67		
2, 19, 3	p. 43, nt. 124		
2, 19, 4	p. 39, nt. 111		
2, 20, 2	p. 79, nt. 219		
2, 20, 8	p. 79, nt. 216		
2, 21, 8	p. 23, nt. 67		
3, 38, 3	p. 2, nt. 3		
4, 22, 5	p. 9, nt. 16		
5, 31, 11	p. 23, nt. 67		
6, 9, 8	p. 24, nt. 68		
6, 23, 4	p. 12, nt. 27		
6, 37, 7, 1	p. 12, nt. 28		
8, 53, 10	p. 9, nt. 16		



Institutiones		30, 74	p. 100, nt. 271
2, 15, 4	p. 20, nt. 56	<i>Pro Sestio</i>	
2, 20, 29	p. 12, nt. 27		
2, 20, 30	p. 12, nt. 28	42, 91	p. 32, nt. 89
3, 19, 23	p. 10, nt. 20		
4, 3, 18	p. 42, nt. 121	Seneca rhetor	
4, 62	p. 31, nt. 87	<i>Controversiae</i>	
<b>Fonti letterarie</b>			
Caesar		4, 8	p. 36
		9, 3	p. 37
		9, 3, 9	p. 37
<i>De bello Gallico</i>			
4, 10, 1	p. 56, nt. 156		
M. T. Cicero			
<i>Ad Atticum</i>			
6, 1, 15	p. 49, nt. 137		
<i>Ad familiares</i>			
16, 22, 1	p. 56, nt. 157		
<i>Ad Quintum fratrem</i>			
1, 1, 21	p. 35		
<i>De natura deorum</i>			
3, 30, 74	p. 49, nt. 137		
<i>De officiis</i>			
1, 21, 73	p. 19, nt. 49		
1, 105	p. 54, nt. 148		
3, 12, 50	p. 68, nt. 190		
3, 14, 58-60	p. 48, nt. 137		
3, 16, 66	p. 69, nt. 193		
<i>In Verrem</i>			
2, 3, 65, 152	p. 33, nt. 94		
<i>Pro Cluentio</i>			
53	p. 49, nt. 137		
<i>Pro Flacco</i>			